

T-66-86

T-66-86

Walter Patrick Twinn suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band, John Daniel McLean suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sturgeon Lake Band, Wayne Roan suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Ermineskin Band, Raymond Cardinal suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Enoch Band, Bruce Starlight suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sarcee Band, and Andrew Bear Robe suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Blackfoot Band (*Plaintiffs*)

v.

### The Queen (*Defendant*)

INDEXED AS TWINN v. CANADA

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, May 6 and 20, 1987.

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Statement of claim, or paragraphs thereof for failure to disclose cause of action — Court functus officio having denied earlier motion to strike — Nothing in amendments nor particulars subsequently provided altering former conclusion — Amendments and particulars not rendering appeal moot as amendments only relevant to matters not under appeal — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.*

*Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Order denying motion to strike statement of claim — Fresh motion for some relief on basis of changed circumstance — Recent Supreme Court of Canada judgment on freedom of association said to be inconsistent with previous order herein — No court having power to reopen decision where higher court later issuing inconsistent judgment.*

*Practice — Judgments and orders — Stay of execution — Application to stay earlier order requiring statement of defence to be filed within 30 days of service on defendant of amendments to statement of claim — Application dismissed — Defendant not meeting onus of demonstrating clear balance of convenience in favour of stay of whole action pending appeal of interlocutory order — No special injury to defendant shown, but judicial notice taken of plaintiffs' evidence amendments to Indian Act being applied while case going on — Likelihood of success of appeal considered — Application of principle that onus on applicant for stay greater where order not subject of execution procedures — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 402, 1909 — Federal Court Act, R.S.C.*

Walter Patrick Twinn agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande de Sawridge, John Daniel McLean agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande Sturgeon Lake, Wayne Roan agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande d'Ermineskin, Raymond Cardinal agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande d'Enoch, Bruce Starlight agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande de Sarcee, et Andrew Bear Robe agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande des Pieds-Noirs (*demandeurs*)

c.

### La Reine (*défenderesse*)

*d* RÉPERTORIÉ: TWINN c. CANADA

Division de première instance, juge Strayer—Ottawa, 6 et 20 mai 1987.

*e* *Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — De la déclaration ou paragraphes de celle-ci parce qu'ils ne révèlent aucune cause d'action — La Cour est dessaisie de l'affaire, car elle a déjà rejeté une requête en radiation — Ni les modifications apportées ni les détails fournis par la suite ne changent la conclusion antérieure de la Cour — Les modifications apportées et les détails fournis n'ont pas conféré un caractère théorique à l'appel, car les modifications ne concernent que des questions ne faisant pas l'objet de l'appel — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.*

*g* *Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Ordonnance rejetant une requête en radiation de la déclaration — Nouvelle requête visant à obtenir le même redressement pour le motif que les circonstances ont changé — On a fait valoir qu'un arrêt récent de la Cour suprême du Canada portant sur la liberté d'association est incompatible avec la décision rendue antérieurement en l'espèce — Aucune cour n'est habilitée à réexaminer sa décision lorsqu'une cour supérieure rend ultérieurement un jugement incompatible avec ladite décision.*

*i* *Pratique — Jugements et ordonnances — Suspension d'exécution — Demande visant à obtenir la suspension d'exécution d'une ordonnance antérieure exigeant le dépôt d'une défense dans les trente jours suivant la signification à la défenderesse des modifications apportées à la déclaration — Demande rejetée — La défenderesse ne s'est pas libérée de l'obligation de prouver que le critère du plus grand préjudice permettait clairement d'accorder une suspension d'instance pendant l'appel formé contre l'ordonnance interlocutoire — La défenderesse n'a pas prouvé qu'un préjudice spécial lui sera causé, mais la Cour a admis d'office les éléments de preuve soumis par les demandeurs selon lesquels les modifications apportées à la Loi sur les Indiens sont appliquées pendant que l'audience*

1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 50 — *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. 1-6.

This is an application to strike out the whole statement of claim on the ground that it discloses no cause of action, or paragraphs 9 and 11 thereof on the same ground, and an order staying an earlier order requiring the defendant to file a statement of defence within 30 days of service on it of the amendments to the statement of claim, or an order extending the time for the defendant to file its statement of defence.

*Held*, the application should be dismissed with costs against the defendant-applicant regardless of the outcome of the cause. The defendant is to file a statement of defence within 14 days of the filing of the formal order.

There is no jurisdiction to strike the whole statement of claim as the Court is *functus officio* having already refused to strike out the statement of claim on a previous motion. Nothing in the amendments nor in the particulars provided since the previous order, alters the conclusion that the statement of claim should not be struck out. The Court found that the statement of claim raised an arguable case. The plaintiffs have since provided particulars with respect to certain paragraphs. Although the facts may not be properly particularized, this does not affect the validity of the statement of claim as a whole.

Nor has the Court authority to reopen its decision on the basis that since rendering it a higher court has issued a decision inconsistent with the former. In any case, it would be inappropriate on a motion to strike to conclude, on the basis of *Reference re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313, that in the particular circumstances of the plaintiffs there was now no basis for a claim of infringement of freedom of association. The issues are very different in respect of Indian bands and trade unions.

The amendments and particulars do not render the appeal from this Court's prior order moot as those matters are not under appeal. The appeal only relates to the refusal to strike out the whole statement of claim.

There is no automatic or presumptive right to a stay of an interlocutory order pending the determination of an appeal from that order. The defendant has not met the onus on it to demonstrate a clear balance of convenience in favour of the stay. The defendant has not demonstrated a special injury that will be caused to it or to the beneficiaries of the impugned amendments to the *Indian Act* if preparations for trial continue. The only disadvantage to be suffered would be the incurring of some legal costs with respect to filing a statement of defence, making discovery of documents, and proceeding to examination for discovery. However, judicial notice was made of the evi-

*se poursuit* — *Examen des possibilités que l'appel soit accueilli* — *Application du principe suivant lequel le fardeau incombant à la personne demandant une suspension est plus lourd lorsque l'ordonnance ne fait pas l'objet de procédures d'exécution* — *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, a *Règles 402, 1909* — *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 50 — *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. 1-6.

Il s'agit en l'espèce d'une demande visant à faire radier l'ensemble de la déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action ou les paragraphes 9 et 11 de celle-ci pour le même motif, et à obtenir une ordonnance suspendant une ordonnance antérieure enjoignant à la défenderesse de déposer une défense dans les trente jours suivant la signification des modifications apportées à la déclaration, ou une ordonnance prorogant le délai accordé à la défenderesse pour déposer sa défense.

*Jugement*: la demande est rejetée et la défenderesse-requérante est condamnée aux dépens peu importe le résultat de l'action. La défenderesse doit déposer sa défense dans les quatorze jours suivant le dépôt de l'ordonnance formelle.

La Cour n'est pas habilitée à radier l'ensemble de la déclaration, car elle est dessaisie de l'affaire étant donné qu'elle a déjà refusé de radier la déclaration quand une requête à cet effet lui a été présentée. Ni les modifications apportées à la déclaration ni les détails fournis depuis l'ordonnance antérieure ne changent la conclusion suivant laquelle la déclaration ne devrait pas être radiée. La Cour a conclu que la déclaration contenait des arguments défendables. Les demandeurs ont depuis lors fourni des détails relativement à certains paragraphes de la déclaration. Même s'il est possible que des détails suffisants n'aient pas été fournis relativement aux faits, cela n'a aucune incidence sur la validité de l'ensemble de la déclaration.

La Cour n'est pas non plus habilitée à réexaminer sa décision pour le motif que depuis le prononcé de celle-ci, une cour supérieure a rendu un jugement incompatible avec ladite décision. De toute manière, il ne serait pas approprié, sur présentation d'une requête en radiation, de conclure sur le fondement de l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Regulations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, que dans la situation particulière des demandeurs rien ne permettrait de prétendre qu'il y a eu atteinte à la liberté d'association. Les points en litige sont très différents lorsqu'il s'agit de bandes indiennes et de syndicats.

Les modifications apportées et les détails fournis ne confèrent pas un caractère théorique à l'appel formé contre la décision antérieure de la Cour, car ces questions ne font pas l'objet de l'appel. Ce dernier ne porte que sur le refus de radier l'ensemble de la déclaration.

Il n'existe aucun droit automatique ou présumé à la suspension d'exécution d'une ordonnance interlocutoire en attendant qu'une décision soit rendue sur l'appel formé contre ladite ordonnance. La défenderesse ne s'est pas libérée de l'obligation de prouver que le critère du plus grand préjudice permettrait clairement d'accorder une suspension d'instance. Elle n'a pas prouvé qu'un préjudice spécial lui sera causé ou sera causé à tous ceux qui bénéficient des modifications contestées apportées à la *Loi sur les Indiens* si les préparatifs de l'instruction se poursuivent. Le seul inconvénient serait l'obligation de payer certains frais d'avocat occasionnés par le dépôt d'une défense,

dence that the composition of the plaintiff bands is being affected by amendments to the *Indian Act*. Also the probabilities of the success of the appeal are limited as it is from the exercise of a discretion. The principle that the onus on the applicant for a stay is greater where the order sought to be stayed is not one which is the subject of execution procedures, was applied. The order, being the dismissal of an application to strike a statement of claim, is not the subject of execution procedures.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Reference re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Baird*, [1982] 2 F.C. 539 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

##### REFERRED TO:

*Cercast Inc. et al. v. Shellcast Foundries Inc. et al. (No. 4)* (1973), 10 C.P.R. (2d) 83 (F.C.T.D.); *Communications Workers of Canada v. Bell Canada*, [1976] 1 F.C. 282 (T.D.); *Canadian Broadcasting Corporation v. L'Association des réalisateurs*, [1982] 2 F.C. 337 (T.D.); *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.* (1981), 54 C.P.R. (2d) 218 (F.C.T.D.); *Orient Leasing Company Ltd. v. Ship "Kosei Maru"* (1978), 22 N.R. 182 (F.C.A.); *Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 142 (F.C.T.D.).

##### COUNSEL:

*Maurice C. Cullity, Q.C., Catherine Twinn and June M. Ross* for plaintiffs.  
*Dogan D. Akman* for defendant.

##### SOLICITORS:

*Davies, Ward & Beck*, Toronto, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

STRAYER J.: This is an application by the defendant for one or more of the following orders:

la communication de documents et l'interrogatoire préalable. La Cour a cependant pris acte des éléments de preuve indiquant que les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* influent sur la composition des bandes indiennes dont les demandeurs sont membres. Il y a peu de chances que l'appel soit accueilli parce qu'il est formé contre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La Cour a également appliqué le principe suivant lequel le fardeau incombant à la personne demandant une suspension est plus lourd lorsque l'ordonnance dont elle demande la suspension ne fait pas l'objet de procédures d'exécution. L'ordonnance en cause étant le rejet d'une demande de radiation d'une déclaration ne fait pas l'objet de procédures d'exécution.

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Baird*, [1982] 2 C.F. 539 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Cercast Inc. et autre c. Shellcast Foundries Inc. et autre (n° 4)* (1973), 10 C.P.R. (2d) 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Les Travailleurs en communication du Canada c. Bell Canada*, [1976] 1 C.F. 282 (1<sup>re</sup> inst.); *La Société Radio-Canada c. L'Association des réalisateurs*, [1982] 2 C.F. 337 (1<sup>re</sup> inst.); *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.* (1981), 54 C.P.R. (2d) 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Orient Leasing Company Ltd. c. Navire «Kosei Maru»* (1978), 22 N.R. 182 (C.A.F.); *Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 142 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### AVOCATS:

*Maurice C. Cullity, c.r., Catherine Twinn et June M. Ross* pour les demandeurs.  
*Dogan D. Akman* pour la défenderesse.

##### PROCUREURS:

*Davies, Ward & Beck*, Toronto, pour les demandeurs.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE STRAYER: Il s'agit en l'espèce d'une demande par laquelle la défenderesse cherche à

- obtenir une ou plusieurs des ordonnances suivantes:
- (1) An order to strike out the whole statement of claim, as amended on November 17, 1986 and particularized on March 13, 1987 on the ground that it discloses no cause of action; or <sup>a</sup>
- (2) an order striking out, if I understand it correctly, paragraphs 9 and 11 of the statement of claim with respect to which the plaintiffs provided further particulars on March 13, 1987, on the ground that these disclose no reasonable cause of action; and <sup>b</sup>
- (3) an order staying my earlier order of October 31, 1986 requiring the defendant to file a statement of defence within thirty days of service on it of the amendments to the statement of claim and particulars; or <sup>c</sup>
- (4) an order extending the time for the defendant to file its statement of defence. <sup>d</sup>
- (1) soit une ordonnance radiant l'ensemble de la déclaration, tel que modifiée le 17 novembre 1986 et au sujet de laquelle des détails ont été fournis le 13 mars 1987, pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action;
- (2) soit une ordonnance radiant, si je comprends bien la demande, les paragraphes 9 et 11 de la déclaration au sujet desquels les demandeurs ont fourni d'autres détails le 13 mars 1987, pour le motif qu'ils ne révèlent aucune cause raisonnable d'action; et
- (3) soit une ordonnance suspendant l'exécution de son ordonnance antérieure du 31 octobre 1986 enjoignant à la défenderesse de déposer une défense dans un délai de trente jours suivant la signification des détails et des modifications apportées à la déclaration;
- (4) soit une ordonnance prorogeant le délai accordé à la défenderesse pour déposer sa défense.

Both (3) and (4) contemplate postponement until the defendant has "exhausted" its appellate remedies with respect to my order of October 31, 1986 [[1987] 2 F.C. 450 (T.D.)]. <sup>e</sup>

Les paragraphes 3 et 4 envisagent un ajournement jusqu'à ce que la défenderesse ait «épuisé» ses voies d'appel en ce qui concerne mon ordonnance du 31 octobre 1986 [[1987] 2 C.F. 450 (1<sup>re</sup> inst.)].

My order of October 31, 1986 dealt with an application by the defendant by notice of motion dated July 4, 1986. In my order I dismissed the first two motions set out in that notice of motion which sought to have the entire statement of claim as amended up to that time struck out on the basis that it disclosed no cause of action or that it was frivolous and vexatious, or that the plaintiffs were not entitled to bring the action as constituted. With respect to the third motion in that notice of motion, I struck out the second sentence of paragraph 5 of the amended statement of claim and gave the plaintiffs leave to amend it within thirty days, if they wished, so as to allege that the Crown had recognized their bands prior to the making of Treaties 6, 7 and 8. With respect to the fourth motion in that notice of motion, I ordered that if the plaintiffs so amended paragraph 5 they should give particulars as to the nature, form and approximate dates of such acts of recognition; and I also ordered that if they wished to adduce any evidence to prove the existence of aboriginal rights as alleged in paragraphs 9 and 11 of the amended <sup>f</sup>

Mon ordonnance du 31 octobre 1986 portait sur une demande présentée par la défenderesse sous forme d'avis de requête daté du 4 juillet 1986. J'ai alors rejeté les deux premières requêtes de l'avis qui visaient à faire radier la déclaration et les modifications qui y avaient été apportées pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action ou qu'elle était futile et vexatoire, ou encore que les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir. Pour ce qui est de la troisième requête figurant dans l'avis, j'ai radié la deuxième phrase du paragraphe 5 de la déclaration modifiée et j'ai accordé aux demandeurs un délai de trente jours pour modifier la déclaration, si tel était leur désir, pour qu'ils puissent alléguer que la Couronne avait reconnu leurs bandes antérieurement à la conclusion des traités 6, 7 et 8. En ce qui concerne la quatrième requête contenue dans l'avis, j'ai ordonné aux demandeurs, s'ils modifiaient le paragraphe 5, de fournir des détails sur la nature, la forme et les dates approximatives de cette reconnaissance; j'ai également ordonné que s'ils désiraient fournir la preuve de l'existence des droits ancestraux allégués <sup>g</sup>

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

statement of claim they would have to provide particulars "as to the rights, customary laws and institutions of the bands (of which they claim to be the successors) which are alleged to be included in such aboriginal rights".

The defendant has since appealed that decision but has not, apparently, taken the necessary steps to have the appeal heard. Pending that appeal, the defendant has filed this application with four new motions as set out above.

With respect to the first motion to strike the whole statement of claim, I am satisfied that I have no jurisdiction to grant such an order unless the amendments made since my last order have somehow invalidated the whole statement of claim. Neither counsel provided me with any authority on the specific point of the extent to which a court, having refused to strike out a statement of claim, can entertain a subsequent motion to strike out the statement of claim as subsequently amended. It appears to me on principle that I am *functus officio* in this matter unless the amendments, with or without the particulars, somehow have rendered the whole statement of claim invalid. That is clearly not the case here. In paragraphs (1) and (2) of my order of October 31, 1986 I dismissed unconditionally the defendant's motions to have the whole statement of claim struck out. In other words, I found that as a whole the statement of claim raised an arguable case and was not a fit object for an order under Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. What I ordered in paragraphs (3) and (4) of my October 31, 1986 order, with respect to then motions (3) and (4) of the defendant, was the striking out of one sentence in paragraph 5 of the statement of claim and the granting of leave to amend it further subject to the provision of particulars; I also conditionally ordered the provision of further particulars with respect to paragraphs 9 and 11 of the statement of claim if the plaintiffs intended to call evidence to establish their aboriginal rights instead of simply relying on some general proposition of law that such rights exist. The plaintiffs have taken advantage of the opportunity I gave them with respect to amending paragraph 5 and in my view have provided appropriate particulars in respect of that amendment. With respect to the condition I imposed on them

aux paragraphes 9 et 11 de la déclaration modifiée, ils devraient fournir des détails «sur les droits, les règles et les institutions coutumières des bandes (dont ils prétendent être les successeurs) qui sont censés faire partie de ces droits ancestraux».

La défenderesse a, depuis lors, interjeté appel de cette décision, mais elle n'a apparemment pas pris les mesures nécessaires pour que ledit appel soit entendu. En attendant, elle a déposé la présente demande dans laquelle figurent les quatre nouvelles requêtes exposées plus haut.

Pour ce qui est de la première requête visant à faire radier toute la déclaration, je suis convaincu que je ne suis pas habilité à accorder une telle ordonnance à moins que les modifications qui y ont été apportées depuis le prononcé de ma dernière ordonnance n'aient invalidé d'une manière ou d'une autre l'ensemble de la déclaration. Aucun des avocats n'a cité de précédents ou de textes de doctrine indiquant précisément dans quelle mesure une cour ayant refusé de radier une déclaration peut ultérieurement connaître d'une requête en radiation de la déclaration modifiée. Il me semble en principe que je me suis acquitté de mes fonctions en l'espèce à moins que les modifications, accompagnées ou non de détails, n'aient rendu l'ensemble de la déclaration invalide. Ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Aux paragraphes (1) et (2) de mon ordonnance du 31 octobre 1986, j'ai rejeté sans condition les requêtes présentées par la défenderesse en vue de faire radier toute la déclaration. En d'autres termes, j'ai jugé que la déclaration contenait des arguments défendables et qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'une ordonnance prévue à la Règle 419 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. Aux termes des paragraphes (3) et (4) de mon ordonnance du 31 octobre 1986, portant sur ce qui constituait alors les troisième et quatrième requêtes de la défenderesse, j'ai ordonné la radiation d'une phrase du paragraphe 5 de la déclaration et j'ai autorisé ladite défenderesse à modifier ce paragraphe à condition qu'elle fournisse des détails; j'ai en outre ordonné conditionnellement que d'autres détails soient fournis au sujet des paragraphes 9 et 11 de la déclaration si les demandeurs avaient l'intention de présenter des preuves pour établir leurs droits ancestraux au lieu de simplement invoquer un principe général de droit pour en établir l'exis-

concerning paragraphs 9 and 11, in my view they have not properly provided particulars of facts on which they intend to rely (that is, facts to demonstrate customs, practices, or other forms of recognition of the aboriginal rights they claim). But that does not in any way invalidate paragraphs 9 and 11 of the statement of claim. In my view those paragraphs now can be taken to be only statements of law and not allegations of fact, but that of course will be a matter for the trial judge to determine at trial. Failure by the plaintiffs properly to particularize facts, however, in no way affects the validity of the statement of claim as a whole. It may be that they will be unable to sustain their apparent contention that such aboriginal rights existed as a general principle of law without reference to any customary exercise of those rights, but that is not a matter which can or should be decided at this time.

There was therefore nothing in the amendments to the statement of claim nor in the particulars— inadequate as they may be in certain respects— provided since my order of October 31 which in any way alters my conclusion of that time that the statement of claim is not a suitable object for an order to strike out.

The only other changed circumstance suggested by counsel for the defendant was that the Supreme Court of Canada in a judgment rendered April 9, 1987 in *Reference re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313, had held that the “freedom of association” protected by paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] protected individual rights of association and not the rights of the group itself. He therefore contended that I should reconsider my earlier decision not to strike out the prayer for relief for a declaration that the plaintiffs’ freedom of association has been infringed by the amendments to the

tence. Les demandeurs ont profité de l’occasion que je leur ai donné de modifier le paragraphe 5 et j’estime qu’ils ont fourni les détails appropriés relativement à la modification apportée. Pour ce qui est de la condition que je leur ai imposée relativement aux paragraphes 9 et 11, ils n’ont pas, à mon avis, fourni des détails suffisants sur les faits qu’ils se proposent d’invoquer (c’est-à-dire des faits établissant les coutumes, pratiques ou autres formes de reconnaissance des droits ancestraux qu’ils revendiquent). Mais cela n’invalide nullement lesdits paragraphes 9 et 11 de la déclaration. J’estime qu’on peut maintenant considérer que ces deux paragraphes ne font qu’énoncer l’état du droit et qu’ils ne constituent pas des allégations de fait, mais cette question devra évidemment être tranchée à l’instruction par le juge de première instance. Le manquement des demandeurs à l’obligation de donner des détails adéquats sur les faits n’a cependant aucune incidence sur la validité de l’ensemble de la déclaration. Il est possible qu’ils soient incapables d’étayer leur prétention suivant laquelle l’existence de ces droits était fondée sur un principe de droit général, sans invoquer l’exercice coutumier de leurs droits ancestraux, mais il ne s’agit pas d’une question qui peut ou devrait être tranchée à ce stade des procédures.

Par conséquent, ni les modifications apportées à la déclaration ni les détails fournis depuis mon ordonnance du 31 octobre, qui peuvent être inadéquats à certains égards, ne changent de quelque façon que ce soit ma conclusion suivant laquelle la déclaration ne peut faire l’objet d’une ordonnance de radiation.

Selon l’avocat de la défenderesse, le seul changement qui est survenu est un jugement prononcé le 9 avril 1987 *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act* (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, où la Cour suprême du Canada a statué que la «liberté d’association» garantie par l’alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] protège des droits d’association individuels et non les droits du groupe lui-même. Il soutient, par conséquent, que je devrais réexaminer ma décision antérieure de ne pas radier la demande visant à obtenir un jugement déclarant que les modifications apportées à la *Loi sur les*

*Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6]. As a matter of procedure I find this suggestion surprising: I know of no authority for any court reopening its decision on the basis that since rendering it a higher court has issued a judgment inconsistent with the decision of the former. Even if this were procedurally or jurisdictionally legitimate, it would certainly not be open to me to conclude on the basis of the Supreme Court decision that in the particular circumstances of the plaintiffs there was now no basis for a claim to infringement of freedom of association. The issues are very different in respect of Indian bands and trade unions. It may be that the individual's freedom to associate with whom he or she wishes may have more relevance to the control of band membership than it has to industrial action by unions. In my view it is not possible or appropriate for me to decide this matter on a motion to strike.

Counsel for the defendant contended several times that the foregoing matters had to be raised by such an application and dealt with by me prior to the appeal being heard, so that the record would be complete for the Court of Appeal. I have had some difficulty understanding this point, and can only take it to refer to the possibility that as a result of the amendments to the statement of claim and the provision of certain particulars, all since my order of October 31, 1986, the appeal from that order may have become moot and could be dismissed on that basis as happened, for example, in *R. v. Baird*.<sup>1</sup> I am unable to see how the amendments and the particulars involved in this case could have that effect. Paragraphs (1) and (2) of my order of October 31, 1986 dismissed the defendant's motions that the entire statement of claim be struck out. Paragraph (3) of my order only dealt with striking out of one sentence leaving the possibility of an amendment, at the option of the plaintiffs, and paragraph (4) only dealt with the provision of particulars. In its notice of appeal dated November 10, 1986 the defendant only

<sup>1</sup> [1982] 2 F.C. 539 (C.A.).

*Indiens* [S.R.C. 1970, chap. I-6] portent atteinte à la liberté d'association des demandeurs. Du point de vue de la procédure, j'estime que cette idée est surprenante: je ne crois pas qu'aucune cour soit habilitée à réexaminer sa décision pour le motif que depuis le prononcé de celle-ci, une cour supérieure a rendu un jugement incompatible avec ladite décision. Même si cela était légitime tant sur le plan de la procédure que sur celui de la compétence, il ne me serait certainement pas loisible de conclure en me fondant sur la décision de la Cour suprême que dans la situation particulière des demandeurs, rien ne permettait de prétendre qu'il y avait eu atteinte à la liberté d'association. Les points en litige sont très différents lorsqu'il s'agit de bandes indiennes et de syndicats. Il est possible que la liberté pour un individu de s'associer avec qui il désire revête plus d'importance en ce qui concerne le contrôle de l'adhésion à une bande indienne que ce n'est le cas pour une action intentée par des syndicats relativement à un conflit de travail. J'estime que je ne peux ni ne dois trancher cette question en statuant sur une requête en radiation.

L'avocat de la défenderesse a prétendu à plusieurs reprises que les questions qui précèdent devaient être soulevées dans une demande de ce genre et que je devais me prononcer sur celles-ci avant que l'appel soit entendu de façon que le dossier remis à la Cour d'appel soit complet. J'ai eu certaines difficultés à comprendre cette prétention et la seule conclusion que je peux en tirer est qu'il est possible, par suite des modifications apportées à la déclaration et des détails fournis depuis mon ordonnance du 31 octobre 1986, que l'appel de ladite ordonnance ait pris un caractère théorique et pourrait être rejeté pour ce motif comme ce fut le cas, par exemple, dans l'arrêt *R. c. Baird*<sup>1</sup>. Je suis incapable de voir comment les modifications et les détails en cause pourraient avoir cet effet. Aux paragraphes (1) et (2) de mon ordonnance du 31 octobre 1986, j'ai rejeté les requêtes de la défenderesse portant que la déclaration tout entière devrait être radiée. Le paragraphe (3) de ladite ordonnance ne faisait que radier une phrase, ce qui laissait la possibilité aux demandeurs d'y apporter une modification à leur discrétion.

<sup>1</sup> [1982] 2 C.F. 539 (C.A.).

appeals against my order "dismissing the Appellant's application for an Order pursuant to Rule 419 . . . that the Amended Statement of Claim herein be struck out". The defendant does not appeal paragraphs (3) and (4) of that order and it is only with respect to the application of those paragraphs that the amendment and particulars are relevant. Those matters are not under appeal and what has been done by way of amendment and particulars since my order does not, as I have indicated above, in any way affect my decisions with respect to refusing to strike out the statement of claim. I therefore consider that this aspect of the defendant's application is both futile and unnecessary.

As noted earlier, the defendant also seeks an order under either Rule 1909 or Rule 402 to delay the filing of the statement of defence until thirty days after the defendant has exhausted its appellate remedies in respect of my order of October 31, 1986. In that order I had allowed the defendant until thirty days after the receipt by it of the amendments and particulars filed by the plaintiffs. On April 15, 1987 I extended that time, with the consent of the plaintiffs, until such time as I had disposed of the present application. The defendant filed no evidence with respect to the stay now requested, counsel for the defendant arguing that the need was apparent from the record. The plaintiffs filed some evidence to indicate that the impugned amendments to the *Indian Act* are being applied while this case goes on.

It is clear from the authorities that there is no automatic or presumptive right to a stay of an interlocutory order (such as my order of October 31, 1986) pending the determination of an appeal from that order. Applications for stays under section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], under Rule 1909, or through the extension of time for filing a defence under Rule 402, would appear to me all to involve the

tion, et le paragraphe (4) ne concernait que les détails à fournir. Dans son avis d'appel daté du 10 novembre 1986, la défenderesse n'interjette appel que de la partie de mon ordonnance [TRADUCTION] «rejetant la demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir, conformément à la Règle 419 . . . une ordonnance portant que la déclaration amendée est radiée». Elle n'interjette pas appel des paragraphes (3) et (4) de ladite ordonnance et ce n'est que pour les fins de l'application de ces paragraphes que la modification apportée et les détails fournis sont pertinents. Ces questions ne font pas l'objet de l'appel et, je le répète, la modification qui a été apportée et les détails qui ont été fournis n'ont aucune incidence sur ma décision de refuser de radier la déclaration. Je considère, par conséquent, que la demande présentée par la défenderesse est, à cet égard, futile et inutile.

Comme je l'ai déjà dit, la défenderesse cherche également à obtenir, sur le fondement de la Règle 1909 ou de la Règle 402, une ordonnance reportant le dépôt de la défense jusqu'à ce qu'un délai de trente jours se soit écoulé après qu'elle aura épuisé ses voies d'appel contre mon ordonnance du 31 octobre 1986. Dans cette dernière ordonnance, j'avais accordé à la défenderesse un délai de trente jours suivant la réception des modifications apportées et des détails fournis par les demandeurs. Le 15 avril 1987, j'ai prorogé ce délai, avec le consentement des demandeurs, jusqu'à ce que je me sois prononcé sur la présente demande. La défenderesse n'a produit aucun élément de preuve pour justifier la suspension d'exécution demandée en l'espèce, son avocat alléguant que ce besoin ressort manifestement du dossier. Les demandeurs ont déposé quelques éléments de preuve pour indiquer que les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens*, et contestées en l'espèce, sont appliquées pendant que la présente affaire suit son cours.

La jurisprudence indique clairement qu'il n'existe aucun droit automatique ou présumé à la suspension d'exécution d'une ordonnance interlocutoire (telle que mon ordonnance du 31 octobre 1986) en attendant qu'une décision soit rendue sur l'appel formé contre ladite ordonnance. Il me semble que le même principe est applicable aux demandes de suspension d'exécution présentées en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*



same principle. What that principle should be is less clear. At times it has been suggested that the test should be that of balance of convenience: see *Cercast Inc. et al. v. Shellcast Foundries Inc. et al.*, (No. 4)<sup>2</sup> approved without specific reference to this point in [1973] F.C. 640 (C.A.). Elsewhere it has been said that the appropriate test is the one normally associated with section 50 of the *Federal Court Act*, namely that the onus is on the party seeking a stay of an order or judgment to show that the denial of a stay would cause an injustice to him and the grant of the stay will not cause an injustice to the other party: see *Communications Workers of Canada v. Bell Canada*.<sup>3</sup> Again, it has been said elsewhere in this Court that a stay pending appeal should not be issued unless "irreparable injury" will otherwise be caused: *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*<sup>4</sup> More recently, the Supreme Court of Canada has said in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>5</sup> that the criteria for a stay of an order pending appeal where the constitutionality of that order is in question are the same as for the grant of an interlocutory injunction sought against enforcement of an order or law whose constitutional validity has been challenged. For those purposes, the Court regarded the balance of convenience as being the proper test. It emphasized that in constitutional cases the balance of convenience should be measured not just as between the interest of private parties attacking the validity of a law or order and the interests of the public officer or institution under direct attack. Rather, the interests of the public or portion of the public which would be furthered by the actions of the public agency or officer carrying out the impugned law or order must also be considered.

[S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] et de la Règle 1909 ou à une demande de prorogation du délai pour déposer une défense, présentée conformément à la Règle 402. Mais la nature de ce principe est moins claire. On a parfois laissé entendre que le critère applicable devait être celui du plus grand préjudice: voir l'affaire *Cercast Inc. et autre c. Shellcast Foundries Inc. et autre (n° 4)*<sup>2</sup>, confirmée sans mention précise de ce point dans [1973] C.F. 640 (C.A.). Dans d'autres décisions, la Cour a jugé que le critère approprié était celui habituellement associé à l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, c'est-à-dire qu'il incombe à la partie qui cherche à obtenir la suspension de l'exécution d'une ordonnance ou d'un jugement de prouver que le refus d'une telle suspension lui causerait un préjudice et que l'octroi de ladite suspension ne causerait pas d'injustice à l'autre partie: voir l'affaire *Les Travailleurs en communication du Canada c. Bell Canada*<sup>3</sup>. Cette Cour a déclaré dans un autre jugement qu'une suspension pendant l'appel ne devrait pas être accordée si une telle suspension entraîne un «préjudice irréparable»: *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*<sup>4</sup>. Plus récemment, la Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>5</sup> que les critères applicables à la suspension d'exécution d'une ordonnance pendant un appel lorsque la constitutionnalité de cette ordonnance est en cause sont les mêmes que pour l'octroi d'une injonction interlocutoire visant à empêcher l'exécution d'une ordonnance ou l'application d'une loi dont la constitutionnalité est contestée. La Cour a considéré que le critère approprié à cette fin était celui du plus grand préjudice. Elle a souligné que, dans les affaires d'ordre constitutionnel, on ne devrait pas établir le plus grand préjudice en tenant compte seulement de l'intérêt des particuliers contestant la validité d'une loi ou d'une ordonnance et des intérêts du fonctionnaire ou de l'organisme public directement concernés. Il faudrait également tenir compte des intérêts du public ou de cette partie du public qui seront servis

<sup>2</sup> (1973), 10 C.P.R. (2d) 83 (F.C.T.D.).

<sup>3</sup> [1976] 1 F.C. 282 (T.D.); see also *Canadian Broadcasting Corporation v. L'Association des réalisateurs*, [1982] 2 F.C. 337 (T.D.).

<sup>4</sup> (1981), 54 C.P.R. (2d) 218 (F.C.T.D.), at p. 219.

<sup>5</sup> [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 334-363.

<sup>2</sup> (1973), 10 C.P.R. (2d) 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> [1976] 1 C.F. 282 (1<sup>re</sup> inst.); voir également *La Société Radio Canada c. L'Association des réalisateurs*, [1982] 2 C.F. 337 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>4</sup> (1981), 54 C.P.R. (2d) 218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 219.

<sup>5</sup> [1987] 1 R.C.S. 110, aux p. 334 à 363.

For present purposes I think it will be sufficient to consider the balance of convenience. I do not consider that the defendant has met the onus on it to demonstrate a clear balance of convenience in favour of the stay of this whole action pending the defendant's appeal of an interlocutory order. The defendant has shown no special injury that will be caused to it or to the many beneficiaries of the impugned amendments to the *Indian Act* if preparations for trial continue. As far as I can see, the only disadvantage to be suffered would be the incurring of some legal costs with respect to filing a statement of defence, making discovery of documents, and proceeding to examination for discovery. At the same time I can take note of the plaintiffs' evidence that the composition of the plaintiff bands has been and is being affected by the amendments to the *Indian Act*. I think I can assume that these effects are not trivial and will be progressively more unsettling as time passes.

I have also considered the fact that, the appeal in question being from my exercise of discretion in refusing to strike out the statement of claim, the probabilities of its success are not very great.<sup>6</sup> I also have applied the principle that the onus on the applicant for a stay is greater where the order sought to be stayed is not one which is the subject of execution procedures.<sup>7</sup> The order being appealed here, being the dismissal of an application to strike a statement of claim, is not the subject of execution procedures. I have also considered, in reaching my conclusion, the undertaking given by counsel for the plaintiffs to cooperate with counsel for the defendant in seeking an early date for the hearing of the appeal.

I will therefore refuse the stay as requested and require the defendant to file a statement of

<sup>6</sup> *Orient Leasing Company Ltd. v. Ship "Kosei Maru"* (1978), 22 N.R. 182 (F.C.A.), at p. 184.

<sup>7</sup> *Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 142 (F.C.T.D.).

par les actes de l'organisme public ou du fonctionnaire appliquant la loi ou l'ordonnance contestée.

Aux fins de l'espèce, j'estime qu'il suffira d'examiner le plus grand préjudice. Je ne crois pas que la défenderesse se soit libérée de l'obligation de prouver que ce critère permettait clairement d'accorder une suspension d'instance pendant l'appel formé par ladite défenderesse contre une ordonnance interlocutoire. Elle n'a pas prouvé qu'un préjudice spécial lui sera causé ou sera causé à tous ceux qui bénéficient des modifications contestées apportées à la *Loi sur les Indiens* si les préparatifs de l'instruction se poursuivent. Autant que je sache, le seul inconvénient serait l'obligation de payer certains frais d'avocat occasionnés par le dépôt d'une défense, la communication de documents et l'interrogatoire préalable. Je peux en même temps prendre acte des éléments de preuve soumis par les demandeurs indiquant que les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* ont influé et influent sur la composition de leurs bandes indiennes. Je crois pouvoir présumer que ces effets sont importants et qu'ils deviendront plus inquiétants au fur et à mesure que le temps passe.

J'ai également tenu compte du fait qu'étant donné que l'appel en cause est formé contre l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire de refuser de radier la déclaration, il y a peu de chances qu'il soit accueilli<sup>6</sup>. J'ai en outre appliqué le principe suivant lequel le fardeau incombant à la personne demandant une suspension est plus lourd lorsque l'ordonnance dont elle demande la suspension ne fait pas l'objet de procédures d'exécution<sup>7</sup>. L'ordonnance dont il est interjeté appel en l'espèce, soit le rejet d'une demande de radiation d'une déclaration, ne fait pas l'objet de procédures d'exécution. En arrivant à cette conclusion, j'ai également tenu compte de l'engagement de l'avocate des demandeurs à collaborer avec l'avocat de la défenderesse pour que l'appel soit entendu dans les meilleurs délais.

Par conséquent, je refuse la suspension demandée et j'ordonne à la défenderesse de produire une

<sup>6</sup> *Orient Leasing Company Ltd. c. Navire «Kosei Maru»* (1978), 22 N.R. 182 (C.A.F.), à la p. 184.

<sup>7</sup> *Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.* (1984), 2 C.P.R. (3d) 142 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

defence within fourteen days of the filing of the formal order in the present matter.

Because I have concluded that this application was not warranted, I am ordering costs against the defendant-applicant regardless of the outcome of the cause. Counsel for the plaintiffs-respondents requested at the end of argument that, should I dismiss the application with costs, she wished to make further written submissions that such costs should be awarded on a solicitor-client basis. I agreed to such a procedure, with of course provision being made for the defendant to respond to such submissions. I am therefore not entering a formal order at this time but leave it for counsel for the plaintiffs-respondents to apply under Rule 324 for entry of the order, submitting therewith any written arguments she may wish to make concerning costs. Counsel for the defendant will have fourteen days after receipt of such written submissions to respond in writing and counsel for the plaintiffs-respondents will have seven days after receipt of any such submissions on behalf of the defendant-applicant to file a reply thereto.

défense dans un délai de quatorze jours suivant le dépôt de l'ordonnance formelle en l'espèce.

<sup>a</sup> Ayant conclu que la présente demande n'était pas justifiée, je condamne la défenderesse-requérante aux dépens peu importe le résultat de l'action. L'avocate des demandeurs-intimés a indiqué à la fin des plaidoiries que, si je devais rejeter la demande avec dépens, elle souhaiterait faire valoir d'autres arguments écrits suivant lesquels ces <sup>b</sup> dépens devraient comprendre les frais extrajudiciaires. J'ai accepté qu'une telle procédure soit suivie, tout en permettant évidemment à la défenderesse de réfuter les arguments présentés. Par <sup>c</sup> conséquent, je n'inscris pas d'ordonnance formelle pour le moment, mais je laisse plutôt l'occasion à l'avocate des demandeurs-intimés de présenter une demande fondée sur la Règle 324 afin d'obtenir l'inscription de l'ordonnance, ce qui lui permettra <sup>d</sup> de soumettre tous les arguments écrits qu'elle désire au sujet des frais et des dépens. L'avocat de la défenderesse dispose d'un délai de quatorze jours à compter de la réception des arguments écrits pour y répondre par écrit et l'avocate des <sup>e</sup> demandeurs-intimés bénéficie d'un délai de sept jours à compter de la réception des arguments de l'avocat de la défenderesse-requérante pour y répondre.