



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1996, Vol 3, Part 3

1996, Vol. 3, 3^e fascicule

Cited as [1996] 3 F.C., 493-750

Renvoi [1996] 3 C.F., 493-750

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communications Group, Ottawa, Canada K1A 0S9.

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

CONTENTS

Digests D-39

AGT Ltd. v. Canada (Attorney General) (T.D.) ... 505

Income tax — Validity and enforceability of notices of requirements issued under Act, s. 231.2(1), in course of tax audit, concerning telephone company's documents and

Continued on next page

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

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

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LISE LEPAGE-PELLETIER

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

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-47

AGT Ltd. c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 505

Impôt sur le revenu — Validité et applicabilité d'avis de demande délivrés dans le cadre d'une vérification fiscale conformément à l'art. 231.2(1) de la Loi à l'égard des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

information filed with CRTC subject to latter's confidentiality order.

Evidence — Telephone company providing information to CRTC with request for confidentiality — CRTC granting request as to certain of information — MNR issuing notices of requirements that company disclose information — Information not subject to common law privilege under "Wigmore Rules" as company not assured CRTC would grant request.

Atlantic Oil Workers Union v. Canada (Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy) (T.D.) 539

Practice — Variation of time — Motion for extension of time to file application for judicial review of Investigation and Research Director's decision Ultramar had complied with undertakings could close down Dartmouth, Nova Scotia oil refinery — Application filed out of time, Union's solicitor misunderstanding calculation of 30-day time limit during Christmas holidays — No reasonable chance of success in arguable case — Applicable test upon review of discretionary administrative decision: whether decision patently unreasonable.

— — Administrative law — Judicial review — Motion for extension of time to file application for judicial review of Investigation and Research Director's decision Ultramar had complied with undertakings, could close oil refinery — Applicable test upon review of discretionary administrative decision: whether decision patently unreasonable.

Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board) (T.D.) 609

Administrative law — Application under Privacy Act for review of CLRB refusal to disclose members' notes made at hearing — Privacy Act, s. 22(1)(b) exempting personal information from disclosure where could reasonably be injurious to enforcement of any law in Canada — Notes exempt from disclosure under s. 22(1)(b) — Adjudicative privilege, judicial independence reviewed — Application to administrative tribunals requesting from Court enforcement of rules of natural justice — Disclosure of notes revealing decision-making process of CLRB members, compromising CLRB's operations to extent reasonable expectation of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

documents et renseignements d'une société de téléphone qui ont été déposés auprès du CRTC et qui sont visés par l'ordonnance de non-divulgence prononcée par celui-ci.

Preuve — La société de téléphone a fourni au CRTC des renseignements assortis d'une demande de non-divulgence — Le CRTC a accueilli la demande à l'égard de certains renseignements — Le MRN a délivré des avis de demande en vue de forcer la société à communiquer les renseignements — Le privilège de common law qui est défini par les «règles Wigmore» ne s'applique pas aux renseignements, étant donné que la société n'avait pas l'assurance que le CRTC accueillerait sa demande de non-divulgence.

Atlantic Oil Workers Union c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence) (1^{re} inst.) 539

Pratique — Modification des délais — Requête en prorogation du délai prévu pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du directeur des enquêtes et recherches selon laquelle Ultramar avait rempli ses engagements et pouvait fermer la raffinerie de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) — La demande avait été présentée tardivement parce que l'avocat du syndicat avait mal compris le calcul du délai pendant les vacances de Noël — Il n'existe pas de chance raisonnable d'obtenir gain de cause dans une affaire défendable — Le critère applicable au contrôle d'une décision administrative discrétionnaire est celui de la décision manifestement déraisonnable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Requête en prorogation du délai prévu pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du directeur des enquêtes et recherches selon laquelle Ultramar avait rempli ses engagements et pouvait fermer la raffinerie — Le critère applicable au contrôle d'une décision administrative discrétionnaire est celui de la décision manifestement déraisonnable.

Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail) (1^{re} inst.) 609

Droit administratif — Demande présentée en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours d'une audience — L'art. 22(1)(b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels exempté de l'obligation de divulgation les renseignements personnels dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales — Les notes font l'objet d'une exemption en vertu de l'art. 22(1)(b) — Examen du privilège décisionnel et des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

probable harm to performance of statutory function by removing tool essential to performance of duty, requiring CLRB to retain personal information in notes for two years — Conclusion supported by s. 119, affording CLRB members immunity from testifying.

Judges and Courts — Application under Privacy Act for review of CLRB's refusal to disclose members' notes made at hearing — Notes made by judge at hearing within adjudicative privilege as revealing judge's mental processes — Necessity judges able to make notes free from fear notes subject to subsequent disclosure for purposes other than those intended — Liberty of judge to decide case essence of judicial independence — Requires absence of interference by outsider with way in which judge arrives at decision — Application of judicial independence principles imported into administrative law by Court enforcement of rules of natural justice.

Labour relations — Bus driver complaining to CLRB not fairly represented by Union — CLRB dismissing complaint — Bus driver making personal information request under Act — Notes made by Board members at hearing withheld as aides-memoires of quasi-judicial tribunal, not under Board control — Application to F.C.T.D. under Privacy Act for review of refusal — Courts enforcing rules of natural justice re: CLRB under Code's judicial review mechanism, Federal Court Act, ss. 28, 18.1 — Court must ensure Board having freedom to decide independently, free from outside interference — Operations of CLRB, discharge of statutory duties compromised if members' mental processes revealed by disclosure of notes — Code s. 119 (CLRB members not required to testify in civil action) illustrating Parliamentary intent of shielding CLRB members from intrusions into thought processes — Notes not under control of CLRB — Were revealed to Commissioner on "without prejudice" basis, upon members' consent.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

principes d'indépendance judiciaire — Leur application à des tribunaux administratifs exige que les tribunaux judiciaires veillent au respect des règles de la justice naturelle — La divulgation des notes dévoilerait le processus décisionnel des membres du CCRT, nuirait au fonctionnement du CCRT, d'où l'on pourrait avec raison appréhender une entrave au bon exercice des fonctions que lui confie la Loi en le privant d'un outil essentiel à l'accomplissement de ses fonctions, et obligerait le CCRT à conserver les renseignements personnels consignés dans des notes durant une période de deux ans — A l'appui de cette conclusion, l'art. 119 dispose que les membres du CCRT ne sont pas tenus de déposer dans une action.

Juges et tribunaux — Demande présentée en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours d'une audience — Les notes prises par un juge au cours d'une audience sont au cœur même du privilège décisionnel, puisque ces notes révèlent la démarche intellectuelle retenue par le juge — Un juge doit pouvoir prendre des notes, libre de toute crainte que ces notes aient par la suite à être divulguées à des fins qui ne sont pas celles de leur auteur — La liberté du juge de trancher les affaires qui lui sont soumises ressort de l'essence même de l'indépendance judiciaire — Cette liberté ne peut exister que si le juge est complètement libre de toute immixtion par des personnes de l'extérieur, dans la manière dont il mène le procès et prend sa décision — Les principes d'indépendance judiciaire ont été introduits dans le domaine administratif par les tribunaux judiciaires qui ont veillé au respect des règles de la justice naturelle.

Relations du travail — Un chauffeur d'autobus s'est plaint auprès du CCRT de ne pas avoir été représenté équitablement par son syndicat — Le CCRT a rejeté la plainte — Le chauffeur d'autobus a présenté une demande de renseignements personnels en vertu de la Loi — Les notes prises par les membres du Conseil lors de l'audience ont été considérées comme étant des aide-mémoire d'un tribunal quasi judiciaire et ne relevant pas du Conseil — Une demande a été présentée à la Section de première instance de la Cour fédérale en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision du refus — Les tribunaux judiciaires appliquent les règles de la justice naturelle en ce qui concerne le CCRT en recourant au mécanisme de contrôle judiciaire prévu dans le Code et aux art. 28 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale — La Cour doit veiller à ce que le Conseil ait la liberté de trancher en toute indépendance sans ingérence aucune — Si la démarche intellectuelle des membres du Conseil était dévoilée par la divulgation des notes, cela nuirait au fonctionnement du CCRT et à l'exercice des fonctions que lui confie la loi — L'art. 119 du Code (les membres du CCRT ne sont pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Privacy — Application under Act for review of CLRB refusal to disclose members' notes taken at hearing — Notes running commentary of hearing, author's comments — Neither Canada Labour Code nor Board policy regulating creation, maintenance, disposal of notes — Privacy Act, s. 22(1)(b) exempting personal information from disclosure where could reasonably be injurious to enforcement of any law in Canada — Application dismissed — (1) Notes exempt from disclosure under s. 22(1)(b) — Reasonable expectation of probable harm from disclosure as removing tool essential to performance of statutory function, requiring CLRB to collate, retain personal information in notes for two years — (2) Notes not under "control" of CLRB within s. 12(1)(b) (right of access to personal information under control of government institution).

Canada v. Continental Bank Leasing Corp. (C.A.) . 713

Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Recapture — Attempt to avoid by purported disposition to partnership — Appeal from T.C.C. decision valid partnership created under Income Tax Act, s. 97(2) — Agreement providing for transfer of taxpayer's business, assets to partnership — Transaction not sham — Not complying with s. 97(2) as no valid partnership formed — Authorities on partnership reviewed — Parties having no intention of earning profit, rather to conduct sale of assets — Profit sharing not conclusive evidence of partnership — Requirements of partnership not met — Even if partnership created, participation therein illegal under Bank Act, s. 174(2)(i) — Agreement illegal, void under statute, common law, *ultra vires* bank.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tenus de déposer dans une action civile) illustre bien l'intention du législateur de mettre les membres du CCRT à l'abri de toute ingérence dans leurs démarches intellectuelles — Les notes ne relevaient pas du CCRT — Elles ont été dévoilées au Commissaire «sans préjudice» et avec le consentement des membres du Conseil.

Protection des renseignements personnels — Demande présentée en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours d'une audience — Les notes constituaient un compte rendu lapidaire de l'audience avec des observations de leurs auteurs — Ni le Code canadien du travail ni la politique du Conseil ne réglementent la rédaction, la conservation et la disposition des notes — L'art. 22(1)(b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels exempte de l'obligation de divulgation les renseignements personnels dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales — Demande rejetée — (1) Les notes faisaient l'objet d'une exemption en vertu de l'art. 22(1)(b) — On pourrait avec raison appréhender que la divulgation prive le CCRT d'un outil essentiel à l'accomplissement des fonctions que lui confie la loi et l'oblige à rassembler et à conserver les renseignements personnels consignés dans des notes durant une période de deux ans — (2) Les notes ne «relevaient» pas du CCRT au sens de l'art. 12(1)(b) (droit d'accès aux renseignements personnels relevant d'une institution fédérale).

Canada c. Continental Bank Leasing Corp. (C.A.) . 713

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Récupération — Tentative d'éviter la récupération au moyen de la prétendue vente d'une société de personnes — Appel d'une décision par laquelle la C.C.I. a conclu qu'une société de personnes avait été valablement créée conformément à l'art. 97(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Accord prévoyant le transfert de l'entreprise et de l'actif de la contribuable à une société de personnes — L'opération ne constitue pas un trompe-l'œil — L'opération n'est pas conforme à l'art. 97(2), étant donné qu'aucune société valide n'a été formée — Examen des autorités sur les sociétés de personnes — Les parties n'avaient pas l'intention de tirer un profit de l'entreprise, mais plutôt de vendre les actifs — Le partage des bénéfices ne constitue pas une preuve concluante de l'existence d'une société de personnes — Les conditions requises pour qu'il y ait une société de personnes ne sont pas remplies — Même si une société de personnes avait été créée, la participation dans celle-ci est illégale selon l'art. 174(2)(i) de la Loi sur les banques — L'accord est illégal et nul selon la loi et la common law et il constitue un excès de pouvoir de la part de la banque.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Fila Canada Inc. v. Doe (T.D.) 493

Practice — Discovery — Anton Piller orders — *Ex parte* application for rolling Anton Piller order against unknown defendants allegedly infringing plaintiff's intellectual property rights — Order granted on terms — Material in support to be filed two clear days before hearing — No reason for *in camera* hearing where identity of defendants unknown — Rights asserted, applicant's rights thereto must be clearly identified — Solicitor must be present at execution of order — Directions for motions for review of execution of Anton Piller order — Development of model orders recommended.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Application for Anton Piller order against unknown defendants allegedly infringing plaintiff's intellectual property rights — Charter, s. 8 guaranteeing right to freedom from unreasonable search, seizure — Arguably applies to civil search and seizure authorized under Anton Piller order — Unreasonable search and seizure if conducted pursuant to invalid order, order too broadly drafted or order unreasonably executed — Practice directions for granting, executing Anton Piller orders.

Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy) (T.D.) 584

Bankruptcy — Delegation of powers under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.01(2) to investigate conduct of trustee — No jurisdiction in delegate tribunal to deal with Charter and Bill of Rights challenges to validity of Act, ss. 14.01 and 14.02.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Delegation of powers under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.01(2) to investigate conduct of trustee — Delegate tribunal lacking jurisdiction under Charter, s. 24, Constitution Act, s. 52 to deal with challenges to validity of Act, ss. 14.01 and 14.02 — Review of case law on powers of administrative tribunals to consider Charter issues — No jurisdiction in delegate tribunal to deal with questions of law.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Fila Canada Inc. c. Untel (1^{re} inst.) 493

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Ordonnances Anton Piller — Requête *ex parte* en vue d'obtenir une ordonnance Anton Piller renouvelable contre des défendeurs inconnus portant censément atteinte aux droits de propriété intellectuelle de la demanderesse — Ordonnance accordée moyennant certaines conditions — Les pièces à l'appui doivent être déposées deux jours francs avant l'audition — Il n'y a aucune raison que l'instance se déroule à huis clos lorsque l'identité des défendeurs est inconnue — Les droits qu'invoque le requérant doivent être définis clairement — Un avocat doit assister à l'exécution de l'ordonnance Anton Piller — Directives concernant les requêtes en révision d'une exécution — Élaboration d'ordonnances types recommandée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Requête visant l'obtention d'une ordonnance Anton Piller contre des défendeurs inconnus qui violeraient les droits de propriété intellectuelle de la demanderesse — L'art. 8 de la Charte garantit le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — On peut soutenir qu'il vise aussi les perquisitions et les saisies civiles autorisées aux termes d'une ordonnance Anton Piller — Une perquisition ou une saisie est abusive si elle a été faite en vertu d'une ordonnance invalide, d'une ordonnance rédigée en des termes trop larges ou encore d'une ordonnance exécutée déraisonnablement — Directives concernant la pratique en matière d'octroi et d'exécution des ordonnances Anton Piller.

Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites) (1^{re} inst.) 584

Faillite — Délégation de pouvoirs en vertu de l'art. 14.01(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité afin d'enquêter sur la conduite d'un syndic de faillite — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir de trancher les contestations, fondées sur la Charte et la Déclaration des droits, de la validité des art. 14.01 et 14.02 de la Loi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Délégation de pouvoirs en vertu de l'art. 14.01(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité afin d'enquêter sur la conduite d'un syndic de faillite — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir en vertu de l'art. 24 de la Charte et de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de trancher les contestations de la validité des art. 14.01 et 14.02 de la Loi — Examen de la jurisprudence portant sur les pouvoirs des tribunaux administratifs d'étudier les questions relatives à la Charte — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir de trancher des questions de droit.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Bill of Rights — Delegation of powers under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.01(2) to investigate conduct of trustee — No jurisdiction in delegate tribunal to deal with questions of law — Corporate applicant, trustee in bankruptcy, cannot invoke Bill of Rights, s. 2(e) as latter protecting rights whereas, for corporation applicant, trustee licence privilege.

Smith & Nephew Inc. v. Glen Oak Inc. (C.A.) 565

Trade marks — Infringement — Appeal from F.C.T.D. decision enjoining appellants from selling, distributing products bearing “Nivea” trade-marks — Respondent registered user, licensee of trade-marks — Marks, goodwill sold to Beiersdorf AG — Respondent could not assert rights other than those flowing from Act, status as licensee of registered “Nivea” marks — Appellants free to compete with respondent in Canadian market — Respondent’s only rights as licensee, not as owner of trade-marks — Action in passing off under Trade-marks Act, s. 7 not available — Case law on passing off reviewed — Respondent failing to establish serious case.

SOMMAIRE (Fin)

Déclaration des droits — Délégation de pouvoirs en vertu de l’art. 14.01(2) de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité afin d’enquêter sur la conduite d’un syndic de faillite — Le tribunal délégataire n’avait pas le pouvoir de trancher des questions de droit — La société requérante, qui est syndic de faillite, ne peut pas invoquer l’art. 2e) de la Déclaration des droits, car ce dernier protège des droits tandis que, dans le cas d’une société, une licence de syndic est un privilège.

Smith & Nephew Inc. c. Glen Oak Inc. (C.A.) 565

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d’une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale interdisant aux appelantes de vendre et de distribuer des produits portant les marques de commerce «Nivea» — L’intimée est usager inscrit et titulaire d’une licence à l’égard de ces marques de commerce — Les marques et l’achalandage ont été vendus à Beiersdorf AG — L’intimée ne peut revendiquer d’autres droits que ceux qui découlent de la Loi et de sa qualité de titulaire de licence à l’égard des marques déposées «Nivea» — Les appelantes peuvent livrer concurrence à l’intimée sur le marché canadien — L’intimée n’a de droits qu’en qualité de titulaire de licence, non comme propriétaire des marques de commerce — L’action en imitation frauduleuse fondée sur l’art. 7 de la Loi sur les marques de commerce ne peut être exercée — Examen de la jurisprudence sur l’action en imitation frauduleuse — L’intimée n’a pas établi l’existence d’une question sérieuse à trancher.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1996, Vol. 3, Part 3

1996, Vol. 3, 3^e fascicule

T-2523-95

T-2523-95

Fila Canada Inc. (Plaintiff)**Fila Canada Inc. (demanderesse)**

v.

c.

Jane Doe and John Doe and Other Persons, Names Unknown, Who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Distribute, Advertise, or Deal in Unauthorized or Counterfeit Fila Merchandise, and those Persons Listed In Schedule "A" to the Statement of Claim (Defendants)

M^{me} et M. Untel et les autres personnes, dont les noms sont inconnus, qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, distribuent, annoncent ou font le commerce de marchandises Fila non autorisées ou contrefaites, ainsi que les personnes énumérées à l'annexe «A» de la déclaration (défendeurs)

INDEXED AS: FILA CANADA INC. v. DOE (T.D.)

RÉPERTORIÉ: FILA CANADA INC. c. UNTEL (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Toronto, December 4, 1995 and March 19, 1996; Ottawa, May 29, 1996.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 4, 19 décembre 1995 et 19 mars 1996; Ottawa, 29 mai 1996.

Practice — Discovery — Anton Piller orders — Ex parte application for rolling Anton Piller order against unknown defendants allegedly infringing plaintiff's intellectual property rights — Order granted on terms — Material in support to be filed two clear days before hearing — No reason for in camera hearing where identity of defendants unknown — Rights asserted, applicant's rights thereto must be clearly identified — Solicitor must be present at execution of order — Directions for motions for review of execution of Anton Piller order — Development of model orders recommended.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Ordonnances Anton Piller — Requête ex parte en vue d'obtenir une ordonnance Anton Piller renouvelable contre des défendeurs inconnus portant censément atteinte aux droits de propriété intellectuelle de la demanderesse — Ordonnance accordée moyennant certaines conditions — Les pièces à l'appui doivent être déposées deux jours francs avant l'audition — Il n'y a aucune raison que l'instance se déroule à huis clos lorsque l'identité des défendeurs est inconnue — Les droits qu'invoque le requérant doivent être définis clairement — Un avocat doit assister à l'exécution de l'ordonnance Anton Piller — Directives concernant les requêtes en révision d'une exécution — Élaboration d'ordonnances types recommandée.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Application for Anton Piller order against unknown defendants allegedly infringing plaintiff's intellectual property rights — Charter, s. 8 guaranteeing right to freedom from unreasonable search, seizure — Arguably applies to civil search and seizure authorized under Anton Piller order — Unreasonable search and seizure if conducted pursuant to invalid order, order too broadly drafted or order unreasonably executed — Practice directions for granting, executing Anton Piller orders.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Requête visant l'obtention d'une ordonnance Anton Piller contre des défendeurs inconnus qui violeraient les droits de propriété intellectuelle de la demanderesse — L'art. 8 de la Charte garantit le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — On peut soutenir qu'il vise aussi les perquisitions et les saisies civiles autorisées aux termes d'une ordonnance Anton Piller — Une perquisition ou une saisie est abusive si elle a été faite en vertu d'une ordonnance invalide, d'une ordonnance rédigée en des termes trop larges ou encore d'une ordonnance exécutée déraisonnablement — Directives concernant la pratique en matière d'octroi et d'exécution des ordonnances Anton Piller.

This was an *ex parte*, *in camera* application for a rolling Anton Piller order. The unknown defendants were allegedly infringing the plaintiff's intellectual property rights in different places, at different times and in

Il s'agissait d'une requête *ex parte* en vue de la tenue d'une audience à huis clos afin d'obtenir une ordonnance Anton Piller renouvelable. Les parties défenderesses inconnues avaient censément porté atteinte aux droits de

different circumstances.

Held, the order should be granted on terms and subject to variation or termination at any time on the Court's motion.

It is arguable that Charter, section 8 (which guarantees the right to freedom from unreasonable search and seizure), applies to civil search and seizure authorized under an Anton Piller order. A search and seizure is unreasonable if it has been conducted pursuant to an invalid order, or an order which was too broadly drafted, or an order which has been unreasonably executed.

The practice in seeking and executing Anton Piller orders should be as set out below. The material in support of an application for an Anton Piller order should be filed at least two clear days before the hearing. There is no reason to hold an *in camera* hearing where the identity of the defendants is not known even at the time of the hearing. The Court must be convinced that the applicant has a very strong *prima facie* case before granting an Anton Piller order. The copyright or trade mark rights which are asserted must be clearly identified e.g. by production of the relevant registration documents or by photocopies of the relevant designs. The applicant's asserted rights to the intellectual property must also be clearly demonstrated. Since the application is *ex parte*, counsel for the applicant owes a duty to the Court to explicitly call to the Court's attention any weakness in those rights, of which he or she may be aware. A judge must be convinced that the applicant's apprehension that the counterfeit goods will not be available as evidence for trial if they are not seized is well-founded. A solicitor should be present at the execution of the order to ensure that its boundaries are not exceeded, and to be in a position to give the Court an accurate and complete description of what occurred. The practice in the United Kingdom of having licensed Anton Piller officers, independent of the plaintiff, attend and supervise the execution of these orders may be worth adopting.

The Anton Piller order can be set aside at any time for improper execution or other defect. The motion for review of an execution should include a request that the unnamed defendants against whom the order has most recently been executed be added to the statement of claim as named defendants. The motion with respect to newly identified defendants will normally contain a request for an inter-

propriété intellectuelle de la demanderesse en des lieux différents, à des moments différents et dans des circonstances différentes.

Jugement: L'ordonnance doit être accordée à certaines conditions et sous réserve du droit de la Cour de la modifier ou de l'annuler en tout temps de son propre chef.

On peut soutenir que l'article 8 de la Charte (qui garantit le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives) vise aussi les perquisitions et les saisies civiles autorisées aux termes d'une ordonnance Anton Piller. Une perquisition ou une saisie est abusive si elle a été faite en vertu d'une ordonnance invalide, d'une ordonnance rédigée en des termes trop larges ou encore d'une ordonnance exécutée déraisonnablement.

Il convient d'adopter la pratique ci-après exposée en ce qui concerne la présentation des requêtes en ordonnances Anton Piller et l'exécution de celles-ci. Les pièces à l'appui d'une requête visant l'obtention d'une telle ordonnance doivent être déposées au moins deux jours francs avant l'audition. Il n'y a aucune raison que l'instance se déroule à huis clos lorsque l'identité des défendeurs n'est pas même connue au moment de l'audience. Le tribunal doit être convaincu que le requérant a établi l'existence d'un commencement de preuve très solide avant d'accorder une ordonnance Anton Piller. Les droits d'auteur ou les droits afférents à des marques de commerce qui sont invoqués doivent être définis clairement, par exemple par la production des documents d'enregistrement pertinents ou de photocopies des dessins pertinents. Les droits du requérant à l'égard de la propriété intellectuelle que l'on veut protéger doivent aussi être démontrés clairement. Comme il s'agit d'une requête *ex parte*, l'avocat du requérant a envers la Cour le devoir d'attirer explicitement l'attention de celle-ci sur toute faiblesse de ces droits dont il pourrait avoir connaissance. Le juge doit être convaincu du bien-fondé de la crainte du requérant, savoir que si les marchandises contrefaites ne sont pas saisies, elles ne pourront être produites en preuve lors de l'instruction. Un avocat devrait assister à l'exécution de ces ordonnances et les superviser pour veiller à ce que les limites des ordonnances ne soient pas dépassées et être en mesure de donner à la Cour une description exacte et complète de ce qui s'est produit. La pratique, suivie au Royaume-Uni, d'avoir des agents Anton Piller autorisés, indépendants de la partie demanderesse, qui assistent à l'exécution de ces ordonnances et les supervisent, est peut-être digne d'être implantée.

L'ordonnance Anton Piller peut être annulée en tout temps pour cause d'exécution irrégulière ou autre vice. La requête en révision d'une exécution devrait conclure à ce que les défendeurs inconnus contre qui l'ordonnance a été exécutée le plus récemment soient ajoutés à la déclaration à titre de défendeurs désignés. La requête concernant les parties défenderesses nouvellement identifiées renfermera

locutory injunction against them and for an order for the continued detention of the seized goods and equipment pending trial. It is not appropriate to seek release of the property to the plaintiff before a default judgment is obtained. When the order is executed against a named defendant against whom an interlocutory injunction already exists, the motion should be for a show cause order alleging contempt of court. The motion for review must be supported by a full report from the supervising solicitor, including occasions on which the identity of the defendant was not ascertained, and a description of all goods, equipment and records seized, when and from whom they were seized. Often photographs will be the most effective and efficient way of providing such information.

Fundamental questions as to the practice in Anton Piller matters remain unanswered. Guidance from the Court of Appeal would be useful but, by their nature, such orders rarely are appealed. Development of a model order would assist plaintiffs and the Court.

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. 8.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 469(2), 470(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée v. Collège Édouard-Montpetit, [1981] 2 F.C. 307; (1980), 58 C.P.R. (2d) 119; 39 N.R. 508 (C.A.); *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.); *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.).

AUTHORS CITED

Rock, Allan M. "The 'Anton Piller' Order: An Examination of its Nature, Development and Present

normalement une demande d'injonction interlocutoire contre eux, ainsi qu'une demande d'ordonnance relative à la rétention continue des marchandises et du matériel saisis jusqu'à l'instruction. Il ne convient pas de solliciter la remise des biens à la partie demanderesse avant l'obtention d'un jugement par défaut. Lorsque l'ordonnance est exécutée contre un défendeur désigné qui fait déjà l'objet d'une injonction interlocutoire, la requête devrait solliciter une ordonnance de se justifier alléguant l'outrage au tribunal. La requête en révision de l'exécution de l'ordonnance doit être appuyée par un rapport complet de l'avocat superviseur sur l'exécution, comprenant notamment une liste des cas où l'identité de la partie défenderesse n'a pas été établie, une description de l'ensemble des biens, du matériel et des registres saisis, une indication de la date à laquelle ils ont été saisis ainsi que la mention du nom de la personne de qui ils ont été saisis. Souvent, des photographies constitueront la façon la plus efficace et efficiente de fournir ces renseignements.

Des questions fondamentales demeurent sans réponse en matière d'ordonnances Anton Piller. L'éclairage de la Cour d'appel serait utile mais, de par leur nature, ces ordonnances donnent rarement lieu à des appels. L'élaboration d'ordonnances types servirait les intérêts des demandeurs et de la Cour.

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. 8.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 469(2), 470(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée c. Collège Édouard-Montpetit, [1981] 2 C.F. 307; (1980), 58 C.P.R. (2d) 119; 39 N.R. 508 (C.A.); *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.); *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.).

DOCTRINE

Rock, Allan M. «The "Anton Piller" Order: An Examination of its Nature, Development and Present

Position in Canada" (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 191.

Takach, George. "Exploring the Outer Limits: The Anton Piller Order in Canada" (1985), 23 *Alta. L. Rev.* 310.

APPLICATION for a rolling Anton Piller order. Order granted on terms and subject to termination or variation at any time on the Court's motion.

COUNSEL:

Lorne M. Lipkus for plaintiff.
No one appearing for defendant.

SOLICITORS:

Kestenberg Siegal Lipkus, Toronto, for plaintiff.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 REED J.: A decision on this motion has been outstanding for a long time. An explanation is required.

2 Last December 4, the plaintiff brought a motion for an *ex parte*, *in camera* hearing to obtain an Anton Piller order against Jane Doe and John Doe defendants. It was represented to be a hearing that would require 10 to 15 minutes of the Court's time. On the hearing, a draft order was placed before me for signature. It was represented to be the type of order this Court usually grants. I declined to issue the order in the form in which it was sought. This led to further submissions from counsel and requests from me for various explanations. This dialogue continued for some time, the last being representations I received from counsel on April 26, 1996 and a clarification thereof on May 21, 1996.

3 The order which is sought is what is known as a "rolling" Anton Piller order. As is obvious from the

Position in Canada» (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 191.

Takach, George. «Exploring the Outer Limits: The Anton Piller Order in Canada» (1985), 23 *Alta. L. Rev.* 310.

REQUÊTE en vue d'obtenir une injonction Anton Piller renouvelable. Ordonnance accordée à certaines conditions et sous réserve du droit de la Cour de la modifier ou de l'annuler en tout temps de son propre chef.

AVOCATS:

Lorne M. Lipkus pour la demanderesse.
Personne n'a comparu pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Kestenberg Siegal Lipkus, Toronto, pour la demanderesse.

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

1 LE JUGE REED: Une décision au sujet de la présente requête est attendue depuis longtemps. Une explication s'impose.

2 Le 4 décembre dernier, la demanderesse a présenté une requête en vue de la tenue d'une audience *ex parte* à huis clos afin d'obtenir une ordonnance Anton Piller contre les parties défenderesses M^{me} et M. Untel, ce qui ne devait prendre que de 10 à 15 minutes du temps de la Cour. Lors de l'audience, un projet d'ordonnance m'a été soumis afin que je le signe. Selon la demanderesse, il s'agissait du type d'ordonnance que la présente Cour a l'habitude d'accorder. Or j'ai refusé de rendre l'ordonnance sous la forme où elle était présentée. Cette décision a mené à d'autres observations de l'avocat et à diverses demandes d'explication de ma part. Ce dialogue s'est poursuivi pendant un certain temps, jusqu'à ce que je reçoive des observations de l'avocat le 26 avril 1996 et des éclaircissements au sujet de celles-ci le 21 mai 1996.

3 Le type d'ordonnance sollicitée est ce que l'on appelle une ordonnance Anton Piller «renouvelable».

style of cause, when these orders are obtained from the Court neither the identity nor the address of the persons against whom they will be executed are known. On some occasions one or two persons may be identified as named defendants but they will have no necessary connection to the Jane and John Does against whom the order will also be executed. The unknown defendants are allegedly infringing intellectual property rights belonging to the plaintiff but in different places, at different times and in different circumstances. These "rolling" orders are to be distinguished from defendant-specific Anton Piller orders. While defendant-specific Anton Piller orders may also include Jane Doe and John Doe defendants, in general, the latter will be connected to the named defendants, for example, by being an employee of the defendant or a supplier of the alleged counterfeit goods to the defendant.

4 The "rolling" orders are executed against street vendors and transient flea market vendors although they are framed in broad enough terms to also encompass the search of retail premises, office premises, vehicles, warehouses, as well as residences. They are usually expressed to last a year subject to being renewed. Careful drafting in this regard is required, otherwise the order may be invalid as a result of the operation of subsections 469(2) and 470(2) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. See also *Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée v. Collège Édouard-Montpetit*, [1981] 2 F.C. 307 (C.A.).

5 Anton Piller orders are, in effect, search and seizure orders. The fiction is that the defendant gives permission to the plaintiff to search and seize.¹ The defendant does so under threat of being found in contempt of court if permission is not granted. The penalty for contempt of court, at least theoretically, can be a term of imprisonment. Also, while the theory is that the goods are seized to be retained as evidence for use at trial, the seizures in fact often

Comme le montre clairement l'intitulé de la cause, lorsque ces ordonnances sont obtenues de la Cour, ni l'identité ni l'adresse des personnes contre qui elles seront exécutées ne sont connues. Dans certains cas, il se peut qu'une ou deux personnes soient désignées parties défenderesses, mais celles-ci n'auront pas nécessairement de lien avec M^{me} et M. Untel contre qui l'ordonnance sera aussi exécutée. Les parties défenderesses inconnues portent censément atteinte aux droits de propriété intellectuelle de la partie demanderesse mais en des lieux différents, à des moments différents et dans des circonstances différentes. Ces ordonnances dites «renouvelables» se distinguent des ordonnances Anton Piller qui visent une partie défenderesse spécifique. Bien que ces dernières puissent également englober les parties défenderesses M^{me} et M. Untel, ces parties auront en général un lien avec les parties défenderesses désignées parce que, par exemple, elles sont à leur service ou leur fournissent les marchandises censément contrefaites.

4 Les ordonnances «renouvelables» sont exécutées contre des vendeurs ambulants et des vendeurs de passage dans des marchés aux puces, encore qu'elles soient rédigées en termes assez larges pour englober aussi une perquisition dans des locaux de vente au détail, des bureaux, des véhicules, des entrepôts ainsi que des résidences. Elles sont habituellement d'une durée d'un an sous réserve de leur renouvellement. Une rédaction soigneuse s'impose à cet égard, sinon elles risquent d'être invalidées par suite de l'application des paragraphes 469(2) et 470(2) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. Voir également *Société pour l'Avancement des droits en audiovisuel (SADA) Ltée c. Collège Édouard-Montpetit*, [1981] 2 C.F. 307 (C.A.).

5 Les ordonnances Anton Piller constituent en réalité des ordonnances de perquisition et de saisie. La fiction juridique veut en effet que la partie défenderesse autorise la partie demanderesse à procéder à une perquisition et à une saisie¹. La partie défenderesse le fait sous la menace d'être déclarée coupable d'outrage au tribunal si elle n'obtempère pas. La pénalité pour outrage au tribunal, en théorie du moins, peut être une peine d'emprisonnement. De

operate as executions before or sometimes even without judgment. Plaintiffs are using these orders as self-help measures in circumstances in which, in other days, the police may have played a more active role.

plus, même si les biens sont théoriquement saisis pour être conservés en vue de servir de preuve lors de l'instruction, les saisies équivalent souvent en réalité à des exécutions avant ou parfois même sans jugement. Les parties demandresses se servent de ces ordonnances comme mesures d'autoprotection dans des circonstances où, à une autre époque, la police aurait joué un rôle plus actif.

6 Section 8 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]] provides that individuals are entitled to be free from unreasonable search and seizures. That section is not confined to search and seizures by police officers or investigators pursuant to statutory powers. It is at least arguable that it applies to the civil search and seizures authorized by order of the Court under an Anton Piller order. An unreasonable search and seizure, as I understand the jurisprudence, encompasses one which has been conducted pursuant to an invalid order, or pursuant to an order which was too broadly drafted, or pursuant to an order which has been unreasonably executed; see *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. When Anton Piller orders are sought and obtained from this Court it is important to place them within this context.

L'article 8 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]] dispose qu'une personne a le droit d'être protégée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Son application ne se limite pas aux perquisitions et aux saisies faites par des agents ou des enquêteurs de police en vertu de pouvoirs conférés par la loi. On peut à tout le moins soutenir qu'il vise aussi les perquisitions et les saisies civiles autorisées aux termes d'une ordonnance Anton Piller rendue par la Cour. Selon la jurisprudence, telle que je la comprends, une perquisition ou une saisie abusive comprend une perquisition ou une saisie faite en vertu d'une ordonnance invalide, ou d'une ordonnance rédigée en des termes trop larges ou encore d'une ordonnance exécutée déraisonnablement; voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Lorsqu'une ordonnance Anton Piller est sollicitée et obtenue de cette Cour, il importe donc de la situer dans ce contexte.

7 I turn, then, to some comments on the practice of seeking these orders. In the first place, motions to obtain such are often brought with the assertion that they are needed urgently. The material in support of the application is filed at the last minute, sometimes only minutes before the application is placed before the judge who is asked to grant it and who is in the midst of a busy motions day. The material is often voluminous. At the same time, the alleged infringers may have been engaging in the activity it is sought to restrain for several months, before counsel brings an application to Court for an Anton Piller order. It is not appropriate for counsel to come to Court, in such circumstances, representing that the matter must be dealt with urgently. As with other motions,

Voici maintenant quelques commentaires sur la pratique entourant la présentation des requêtes visant l'obtention de ces ordonnances. En premier lieu, l'urgence est souvent invoquée. Les pièces à l'appui sont déposées tardivement, parfois quelques minutes seulement avant que la requête ne soit présentée au juge qui préside une journée d'audition chargée. Les pièces sont souvent volumineuses. Or il se peut qu'au moment du dépôt de la requête, les présumés contrefacteurs se livrent déjà depuis plusieurs mois à l'activité que l'on veut interdire. En pareilles circonstances, l'avocat est mal venu de se présenter à la Cour en prétendant que la question doit être traitée d'urgence. Comme c'est le cas pour les autres requêtes, les pièces doivent être déposées au moins

the material should be filed at least two clear days before the motion is to be heard, to allow the judge who will hear the application time to review the material before the hearing.

8 Secondly, there is no need, in many of these cases, for the proceedings to be held *in camera*. In the present case, the order sought is against Jane Doe and John Doe. The identity of the defendants was not even known at the time of the hearing. A review of the file made it clear that there was no reason why an *in camera* hearing should have been requested.

9 Thirdly, according to the jurisprudence, see *Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189 (C.A.), before a court grants an Anton Piller order, it must be convinced that the applicant has a very strong prima facie case. This means, for example, that the copyright or trade mark rights which are asserted must be clearly identified (e.g., by production of the relevant registration documents, by photocopies of the relevant designs). In the present case, the description of the alleged trade marks and copyrights, which it was sought to protect, contained reference to unperfected applications for trade marks and trade marks for which registrations had never been applied. Indeed, it was in many aspects rather incomprehensible. It would not have given a person executing the order or those against whom it was executed a clear picture of what the order allowed to be seized. This was subsequently corrected.

10 The applicant's rights to the intellectual property being asserted must also be clearly demonstrated. The application is *ex parte*. Counsel for the applicant has an obligation to explicitly call to the Court's attention any weakness in those rights, of which he or she may be aware. This is a duty owed to the Court. A judge must be convinced that the applicant's apprehension, that the counterfeit goods will not be available as evidence for trial if they are not seized, is well founded. If, for example, a representative item could be purchased by the plaintiff's

deux jours francs avant l'audition de la requête afin de donner au juge saisi le temps de les examiner.

8 Deuxièmement, dans bien de ces cas, il n'est pas nécessaire que l'instance se déroule à huis clos. En l'espèce, l'ordonnance sollicitée vise M^{me} et M. Untel. L'identité des parties défenderesses n'était pas même connue au moment de l'audience. L'étude du dossier fait clairement ressortir qu'il n'y avait aucune raison de demander le huis clos.

9 Troisièmement, selon la jurisprudence (voir *Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189 (C.A.)), le tribunal doit, avant d'accorder une ordonnance Anton Piller, être convaincu que le requérant a établi l'existence d'un commencement de preuve très solide. Cela signifie, par exemple, que les droits d'auteur ou les droits afférents à des marques de commerce qui sont invoqués doivent être définis clairement (par exemple, par la production des documents d'enregistrement pertinents ou de photocopies des dessins pertinents). En l'espèce, la description des marques de commerce et des droits d'auteur que l'on cherche à protéger renvoie à des demandes de marques de commerce incomplètes et à des marques dont l'enregistrement n'a jamais été demandé. En fait, à bien des égards, la description était plutôt incompréhensible. Elle n'aurait pas donné à la personne exécutant l'ordonnance ou à celle contre qui elle était exécutée une idée précise de ce qu'il était permis de saisir. Cette lacune a par la suite été corrigée.

10 Les droits du requérant à l'égard de la propriété intellectuelle que l'on veut protéger doivent aussi être démontrés clairement. La requête est présentée *ex parte*. L'avocat du requérant est tenu d'attirer explicitement l'attention de la Cour sur toute faiblesse de ces droits dont il pourrait avoir connaissance. Il s'agit d'un devoir envers la Cour. Le juge doit être convaincu du bien-fondé de la crainte du requérant, savoir que si les marchandises contrefaites ne sont pas saisies, elles ne pourront être produites en preuve lors de l'instruction. Si, par exemple, un

investigators and action proceeded with against the vendors, in the normal way, a case has not been made out for an Anton Piller order nor for the execution of it against a given defendant.

article représentatif peut être acheté par les enquêteurs de la partie demanderesse et une action intentée contre les vendeurs par la voie habituelle, on n'a pas alors fait la preuve de la nécessité d'une ordonnance Anton Piller, non plus que de son exécution contre une partie défenderesse donnée.

11 I turn then to the need for a supervising solicitor in attendance on all executions of the order. It is on this point that counsel, on behalf of his client, felt most strongly. He argued that such a requirement would make the use of these orders too expensive for his clients, that it is dangerous in some situations because executions of the order can result in physically abusive confrontations, that it is impractical when a number of executions are to take place in different locations simultaneously and, that it is unnecessary because the investigation agency which is employed is knowledgeable in these matters.

Je passe maintenant à la nécessité de la présence d'un avocat superviseur à toutes les exécutions de l'ordonnance. C'est sur ce point que l'avocat, pour le compte de sa cliente, a insisté le plus. Il a fait valoir qu'une telle exigence rendrait le recours à ces ordonnances trop coûteux pour ses clients, qu'elle est dangereuse dans certains cas à cause des risques de confrontations physiques violentes, qu'elle n'est pas pratique lorsqu'un certain nombre d'exécutions doivent avoir lieu simultanément en différents endroits et qu'elle n'est pas nécessaire parce que l'agence de détectives dont les services sont retenus connaît bien ces questions.

12 I recognize the force of these arguments but I am also mindful of the fact that there is enormous potential for abuse in issuing these orders. The Court is putting in the hands of the plaintiff the power to search the premises and to seize the goods, equipment and records of others. These powers are exercised in each particular situation when the plaintiff determines that particular goods are or relate to an infringement of its intellectual property rights. There is no public official involved in the execution of the order. If the Court is going to assist a plaintiff in the assertion of its rights by giving orders as invasive as Anton Pillers, then, I do not think the cost to the plaintiff should weigh too heavily in the balance when protection for the defendants is the competing consideration. I note costs, in any event, are being spread. It is clear from the pattern of review motions heard by the Court, in Toronto on any given motion day, that activities under these orders are being organized so that the enforcement team searches for and seizes the counterfeit goods pursuant to a number of orders (i.e., on behalf of a number of plaintiffs) at the same time. Counsel refers to these activities as raids.

Je reconnais la force de ces arguments mais je tiens compte aussi du risque énorme d'abus que comporte la délivrance de telles ordonnances. La Cour remet entre les mains de la partie demanderesse le pouvoir de perquisitionner les locaux et de saisir les marchandises, le matériel et les registres d'autres personnes. Ces pouvoirs sont exercés dans chaque cas particulier où la partie demanderesse détermine que des marchandises particulières constituent une violation de ses droits de propriété intellectuelle ou s'y rapportent. Aucun agent public ne participe à l'exécution de l'ordonnance. Si la Cour doit aider une partie demanderesse à faire valoir ses droits en accordant des ordonnances aussi intrusives que les ordonnances Anton Piller, alors je ne crois pas que le coût que cela représente pour la partie demanderesse doive peser très lourd dans la balance en regard de la protection des parties défenderesses. Je souligne qu'en tout état de cause les coûts sont répartis. Il ressort clairement du type de requêtes en révision entendues par la Cour à Toronto, chaque jour d'audition des requêtes, que les activités exercées en vertu de ces ordonnances sont organisées de manière à ce que l'équipe chargée de l'exécution perquisitionne et saisisse des marchandises contrefaites en vertu d'un certain nombre d'ordonnances

11

12

13 With respect to the concern that the presence of a solicitor on these raids is not appropriate because the situations may become physically abusive, this is one reason a solicitor should be present. I note that the Anton Piller order requires the person against whom it is being executed to give permission for the search and seizure. One has to ask whether permission is really being given if the situation becomes abusive. It sounds as though what may be taking place is a forcible search and seizure. In so far as the impracticability of a solicitor being present when multiple executions are occurring at the same time, in different locations, the example of numerous street vendors appearing around a venue for the one-half hour following a rock concert was given. I do not think it appropriate to deal with that circumstance in the context of a rolling Anton Piller order. It may be that there are situations for which individual Anton Piller orders can be obtained, instead of including them in one of these "rolling" orders, where a solicitorless seizure is justified. Counsel painted a picture of a circumstance in which police officers and the plaintiff's private investigators work together through a crowd. I leave open the question of whether there are situations in which solicitorless search and seizures can be justified. All that it is necessary to say for present purposes is that I am not prepared to provide for such in the present case.

14 I am asked to put the search and seizure powers into the hands of an investigation agency. The Court has no way of knowing why a particular agency should be granted such authority as opposed to any other. The plaintiff has chosen and pays that agency. The agency's loyalty, in any actions taken by its staff, will naturally be to the plaintiff.

15 A solicitor attends on the execution of these orders in two capacities: as counsel for the plaintiff

(c'est-à-dire pour le compte d'un certain nombre de parties demanderesse) en même temps. L'avocat qualifie ces activités de descentes.

13 En ce qui a trait à la préoccupation selon laquelle il ne convient pas qu'un avocat soit présent à l'occasion de ces descentes à cause du risque de violence physique, il s'agit plutôt d'une bonne raison pour laquelle un avocat devrait être présent. Je souligne que l'ordonnance Anton Piller exige que la personne contre qui elle est exécutée donne la permission de perquisitionner et de saisir. Il faut se demander si la permission est réellement donnée lorsqu'il y a violence. On a plutôt l'impression qu'il s'agit alors d'une perquisition et d'une saisie forcées. En ce qui concerne le fait qu'il soit peu pratique pour un avocat d'être présent lorsqu'ont lieu des exécutions multiples simultanées en des endroits différents—on a donné l'exemple de nombreux marchands ambulants apparaissant en un lieu particulier dans la demi-heure qui suit un concert rock—, je ne crois pas qu'il soit opportun de traiter de cette circonstance dans le contexte d'une ordonnance Anton Piller. Il se peut qu'il y ait des situations où une ordonnance Anton Piller individuelle, plutôt qu'une ordonnance dite «renouvelable», avec saisie en l'absence d'un avocat soit justifiée. L'avocat a donné en exemple la situation dans laquelle des policiers et les enquêteurs privés de la partie demanderesse se fraieraient un passage dans une foule. Je ne me prononce pas sur la question de savoir s'il existe des situations où des perquisitions et saisies en l'absence d'un avocat seraient justifiées. Qu'il suffise de dire, pour les fins des présentes, que je ne suis pas disposée à prévoir une telle mesure en l'espèce.

14 Il m'est demandé de remettre des pouvoirs de saisie et de perquisition entre les mains d'une agence de détectives. La Cour ne dispose d'aucun moyen de savoir en quoi elle devrait privilégier une agence en particulier plutôt qu'une autre. La demanderesse a choisi cette agence et la rémunère. Dans tous les gestes qu'elle posera par l'intermédiaire de ses employés, l'agence fera naturellement preuve de loyauté envers la demanderesse.

15 Un avocat assiste à l'exécution de ces ordonnances en deux qualités: à titre d'avocat de la partie

and as an officer of the Court. It is the plaintiff's solicitor who attends. I accept that this may not be ideal. In the United Kingdom a practice has developed of having licensed Anton Piller officers, independent of the plaintiff, attend and supervise the execution of these orders. This may be a practice that is worth adopting. We do not have it at present, however, and I prefer to have a solicitor present at the execution of these orders, albeit the plaintiff's solicitor, rather than no solicitor at all.

16 A solicitor, as an officer of the Court, owes duties to the Court as well as to his or her client. Solicitors attend and supervise the execution of these orders to ensure that their boundaries are not exceeded and to be in a position to give the Court an accurate and complete description of what occurred. They have legal expertise and are expected to be able to explain to those enforcing the order and to those against whom it is being executed what is and what is not allowed thereunder. This gives some assurance that the boundaries of the order will not be exceeded. Counsel understand that a misstep or mischaracterization of a situation can lead not only to the particular execution of the order being invalid but also to the vacating of the Anton Piller order itself.

17 It is argued that the defendant's rights are protected even in the absence of a solicitor because if a search and seizure is improperly conducted, the defendant can always come to Court and have his or her property returned. This is of course the ultimate control. However, the efficiency with which it works will to a considerable extent depend upon the explanation given to the persons against whom the order is executed, as to their rights, the value of the goods seized from any one defendant and the willingness or ability of the individual to obtain independent legal advice. I am not prepared to grant a solicitor-less Anton Piller order.

demanderesse et à titre d'officier de la Cour. C'est l'avocat de la partie demanderesse qui est présent. Ce n'est peut-être pas là la situation idéale, j'en conviens. Au Royaume-Uni, la pratique est d'avoir des agents Anton Piller autorisés, indépendants de la partie demanderesse, qui assistent à l'exécution de ces ordonnances et les supervisent. Voilà peut-être une pratique digne d'être implantée. Pour l'heure, toutefois, nous n'en sommes pas là, et je préfère qu'un avocat soit présent lors de l'exécution de ces ordonnances, fût-ce celui de la partie demanderesse, plutôt qu'aucun avocat du tout.

À titre d'officier de la Cour, l'avocat a des de- 16
voirs envers la Cour et envers son client. Les avocats assistent à l'exécution de ces ordonnances et les supervisent pour veiller à ce que les limites des ordonnances ne sont pas dépassées et être en mesure de donner à la Cour une description exacte et complète de ce qui s'est produit. Les avocats possèdent les connaissances juridiques nécessaires et ils sont censés pouvoir expliquer aux personnes qui exécutent l'ordonnance ainsi qu'à celles contre qui elle est exécutée, ce qui est permis et ce qui ne l'est pas aux termes de la dite ordonnance. Cela permet de s'assurer dans une certaine mesure que les limites de l'ordonnance ne sont pas dépassées. L'avocat sait qu'un faux pas ou une caractérisation erronée d'une situation peut entraîner non seulement l'invalidité de l'exécution d'une ordonnance dans un cas particulier, mais également l'annulation de l'ordonnance Anton Piller elle-même.

On a fait valoir que les droits de la partie défen- 17
deresse sont protégés même en l'absence d'un avocat parce que s'il y a irrégularité dans le déroulement de la perquisition ou de la saisie, la partie défenderesse peut toujours se présenter en Cour pour se faire remettre ses biens. C'est là évidemment le moyen de contrôle ultime. Toutefois, son efficacité dépend dans une large mesure de l'explication donnée aux personnes contre qui l'ordonnance est exécutée au sujet de leurs droits, de la valeur des biens saisis de chaque partie défenderesse ainsi que de la volonté ou de la capacité des personnes d'obtenir des conseils juridiques indépendants. Je ne suis pas disposée à accorder une ordonnance Anton Piller dont l'exécution aurait lieu en l'absence d'un avocat.

- 18 I turn then to what is expected on the motion for review of an execution of the order. In the first place it should be clear that not only the most recent execution of the order is under review but also the continuation of the Anton Piller order itself. The Anton Piller order can be set aside at any time for improper execution or other defect, either by a judge on his or her own motion, or on motion from any of the parties.
- 19 Secondly, the motion for review of an execution should include a request that the John Does and Jane Does against whom the order has been most recently executed are added to the statement of claim as named defendants (their identity is no longer unknown). The motion with respect to newly identified defendants will normally contain a request for an interlocutory injunction against them and for an order for the continued detention of the goods and equipment seized pending trial. It is not appropriate to seek release of the property into the hands of the plaintiff without a default judgment having been obtained against the defendant from whom the property has been seized. (I leave open for present purposes the appropriate disposition of goods which have been seized from defendants whose identities have not been ascertained because they have fled during the execution of the order.)
- 20 When the order is executed against a person who is already a named defendant and against whom an interlocutory injunction already exists, the motion should be one for a show cause order alleging contempt of court, rather than one to add the person, a second time, as a defendant and the obtaining of a second interlocutory injunction against that person.
- 21 The motion for review of an execution of the order must be supported in Court by a full report from the supervising solicitor of the execution or executions to which it relates, including occasions on which the identity of the defendant is not ascertained. This report must include a description of all goods, equipment and records seized, when and from whom they were seized. The most effective
- Voyons maintenant ce que doit comporter la requête en révision de l'exécution de l'ordonnance. En premier lieu, il devrait être évident que la révision porte non seulement sur l'exécution la plus récente de l'ordonnance Anton Piller mais également sur sa continuation. L'ordonnance peut être annulée en tout temps pour cause d'exécution irrégulière ou autre vice, soit par un juge agissant de son propre chef ou sur requête d'une des parties.
- Deuxièmement, la requête en révision d'une exécution devrait conclure à ce que M. et M^{me} Untel contre qui l'ordonnance a été exécutée le plus récemment soient ajoutés à la déclaration à titre de parties défenderesses désignées (leur identité n'étant plus inconnue). La requête concernant les parties défenderesses nouvellement identifiées renfermera normalement une demande d'injonction interlocutoire contre eux, ainsi qu'une demande d'ordonnance relative à la rétention continue des marchandises et du matériel saisis jusqu'à l'instruction. Il ne convient pas de solliciter la remise des biens à la partie demanderesse sans qu'un jugement par défaut ait été obtenu contre la partie défenderesse de qui les biens ont été saisis. (Je ne prononce pas aux fins des présentes sur la façon dont il convient de disposer des marchandises saisies des parties défenderesses dont l'identité n'a pas été établie parce qu'ils ont pris la fuite au cours de l'exécution de l'ordonnance.)
- Lorsque l'ordonnance est exécutée contre une personne déjà désignée défenderesse et qui fait déjà l'objet d'une injonction interlocutoire, la requête devrait solliciter une ordonnance de se justifier alléguant l'outrage au tribunal, plutôt qu'une ordonnance visant l'ajout de cette personne, une deuxième fois, à titre de codéfenderesse, et l'obtention contre elle d'une deuxième injonction interlocutoire.
- La requête en révision de l'exécution de l'ordonnance doit être appuyée en Cour par un rapport complet de l'avocat superviseur sur l'exécution ou les exécutions auxquelles ladite ordonnance se rapporte, y compris les cas où l'identité de la partie défenderesse n'a pas été établie. Ce rapport doit comprendre une description de l'ensemble des biens, du matériel et des registres saisis, une indication de

and efficient way of providing such, in many cases, will be by photographs coupled with an inventory.

22 The granting of these orders and the use to which they are being put is a recent evolution of the Anton Piller practice of this Court. Many questions remain unanswered, including some that are of a very fundamental nature. It would be useful to have some Court of Appeal jurisprudence with respect to these types of orders. By their very nature, however, the circumstances under which they are obtained and executed are not conducive to appeals. As counsel is aware, there has been some discussion amongst the judges of this Court with respect to the establishment of a model order. While one judge issues an Anton Piller order, others are called upon throughout the life of the order to approve executions made thereunder and to approve the order's continuation. Thus the development of model orders would serve both the interests of the plaintiffs and of the Court. In the absence of such, however, counsel for the plaintiff asks that I at least issue a "temporary" order so that his client can be placed in somewhat the same position as other Anton Piller "customers" of this Court.

23 Accordingly, I have decided to issue the plaintiff a rolling Anton Piller order on terms that take account of many of the considerations articulated above. It is significantly different from that which was originally sought. It will carry within it a temporary quality because it will contain a provision allowing for its variation or termination at any time on the Court's motion.

¹ See *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.); Allan M. Rock, "The 'Anton Piller' Order: An Examination of its Nature, Development and Present Position in Canada" (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 191; Takach, George, "Exploring the Outer Limits: The Anton Piller Order in Canada" (1985), 23 *Alta. L. Rev.* 310, at p. 311.

la date à laquelle ils ont été saisis ainsi que la mention du nom de la personne de qui ils ont été saisis. Dans de nombreux cas, des photographies et un inventaire constituent la façon la plus efficace et efficiente de satisfaire à cette exigence.

L'octroi de ces ordonnances et l'utilisation qui en est faite constituent une évolution récente de la pratique de cette Cour concernant les ordonnances Anton Piller. Bien des questions demeurent sans réponse, dont certaines sont fondamentales. Il serait utile que la Cour d'appel apporte son éclairage jurisprudentiel sur la question. Toutefois, de par leur nature et les circonstances dans lesquelles elles sont obtenues et exécutées, ces ordonnances ne donnent pas lieu à des appels. L'avocat de la demanderesse n'est pas sans savoir que les juges de la présente Cour ont discuté de la possibilité de préparer une ordonnance type. Lorsqu'un juge rend une ordonnance Anton Piller, d'autres juges sont appelés, pendant la durée de l'ordonnance, à approuver des exécutions faites en vertu de celle-ci et à approuver sa continuation. L'élaboration d'ordonnances types servirait donc à la fois les intérêts des parties demanderesse et ceux de la Cour. Toutefois, en l'absence de telles ordonnances types, l'avocat de la demanderesse veut que je rende au moins une ordonnance «temporaire» afin que sa cliente soit dans une certaine mesure dans la même position que les autres «clients» Anton Piller de cette Cour.

23 En conséquence, j'ai décidé de délivrer à la demanderesse une ordonnance Anton Piller renouvelable et ce, en des termes qui tiennent compte de plusieurs des considérations analysées ci-haut. Cette ordonnance diffère beaucoup de celle qui était sollicitée au départ. Elle sera de nature temporaire parce qu'elle contiendra une disposition qui autorisera la Cour à la modifier ou à l'annuler de son propre chef.

¹ Voir *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.); Allan M. Rock, «The "Anton Piller" Order: An Examination of its Nature, Development and Present Position in Canada» (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 191; Takach, George, «Exploring the Outer Limits: The Anton Piller Order in Canada» (1985), 23 *Alta. L. Rev.* 310, à la p. 311.

T-1774-95

T-1774-95

T-1775-95

T-1775-95

T-1776-95

T-1776-95

AGT Limited (Applicant)**AGT Limited (requérante)**

v.

c.

The Attorney General of Canada (Respondent)**Le procureur général du Canada (intimé)****INDEXED AS: AGT LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: AGT LTD. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Rothstein J.—Calgary, March 27; Ottawa, May 31, 1996.

Section de première instance, juge Rothstein—Calgary, 27 mars; Ottawa, 31 mai 1996.

Income tax — Validity and enforceability of notices of requirements issued under Act, s. 231.2(1), in course of tax audit, concerning telephone company's documents and information filed with CRTC subject to latter's confidentiality order.

Impôt sur le revenu — Validité et applicabilité d'avis de demande délivrés dans le cadre d'une vérification fiscale conformément à l'art. 231.2(1) de la Loi à l'égard des documents et renseignements d'une société de téléphone qui ont été déposés auprès du CRTC et qui sont visés par l'ordonnance de non-divulgence prononcée par celui-ci.

Evidence — Telephone company providing information to CRTC with request for confidentiality — CRTC granting request as to certain of information — MNR issuing notices of requirements that company disclose information — Information not subject to common law privilege under "Wigmore Rules" as company not assured CRTC would grant request.

Preuve — La société de téléphone a fourni au CRTC des renseignements assortis d'une demande de non-divulgence — Le CRTC a accueilli la demande à l'égard de certains renseignements — Le MRN a délivré des avis de demande en vue de forcer la société à communiquer les renseignements — Le privilège de common law qui est défini par les «règles Wigmore» ne s'applique pas aux renseignements, étant donné que la société n'avait pas l'assurance que le CRTC accueillerait sa demande de non-divulgence.

AGT was an Alberta telephone company that took over the operations and assets of the Alberta Government Telephone Commission when the latter was privatized. AGT came under the jurisdiction of the CRTC and became a taxable entity. In an advance tax ruling, the Minister of National Revenue allowed the original cost, about \$4 billion, as undepreciated capital cost, as opposed to net book value. Before the CRTC, for the purposes of establishing AGT's revenue requirements, AGT took a more conservative approach to its income tax liability than in its income tax returns to the Minister. The CRTC and other parties issued interrogatories, some of which were answered by AGT with a request that they remain confidential. It was of the opinion that making public the information would prejudice its position *vis-à-vis* the Minister in any subsequent reassessment. If the Minister had access to such information, he might be prompted to reassess AGT. At the least, AGT's negotiating position with the Minister would be impaired.

AGT était une société de téléphone de l'Alberta qui a pris en main les activités et éléments d'actif de l'Alberta Government Telephone Commission lorsque celle-ci a été privatisée. AGT est alors devenue une entreprise assujettie à la réglementation du CRTC et une entité imposable. Dans une décision préliminaire en matière d'impôt, le ministre a permis l'utilisation du coût original, soit environ 4 000 000 000 \$, à titre de fraction non amortie du coût en capital par opposition à la valeur comptable nette. Lorsqu'elle a comparu devant le CRTC, AGT a présenté, pour établir les revenus dont elle avait besoin, une perspective plus prudente en ce qui a trait à sa dette fiscale qu'elle ne l'avait fait dans les déclarations de revenus qu'elle a remises au ministre. Le CRTC et d'autres parties ont fait parvenir des demandes de renseignements auxquelles AGT a répondu. Certaines des réponses étaient assorties d'une demande de non-divulgence. Selon AGT, si les renseignements qu'elle voulait garder confidentiels devenaient publiquement accessibles, sa position serait touchée lors de toute nouvelle cotisation du ministre. Si le ministre avait accès à ces renseignements, il pourrait être incité à établir une nouvelle cotisation à l'encontre d'AGT. À tout le moins, celle-ci serait en moins bonne position pour négocier avec le ministre.

CRTC Rules provide that the Commission must weigh the public interest in disclosure against the specific direct harm to an applicant that might result from such disclosure. In the instant case, the CRTC denied AGT's requests for confidentiality in respect of some information, but allowed others.

This was an application for judicial review concerning the validity and enforceability of notices of requirements to provide documents and information issued to AGT by the Minister pursuant to subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*. The requirements require production of documents and information provided to the CRTC in confidence by AGT.

Held, the application should be dismissed.

The scope of subsection 231.2(1) of the Act is broad enough to allow the requirements herein. An examination of the relevant case law yields the following propositions: (1) the expectation of privacy in relation to business records is relatively low; (2) as long as the Minister's purpose is related to the administration and enforcement of the *Income Tax Act*, relevance of the material sought to a particular issue is not a prerequisite to a requirements notice under subsection 231.2(1); (3) documents may be compelled even if they are not required to be prepared or kept under the *Income Tax Act*; (4) it is not necessary that a requirements notice set out the grounds or particulars for which the documents sought are required; (5) as long as the documents pertain to a genuine inquiry into the tax liability of a person, they may be subject of a requirements notice under subsection 231.2(1). The requirements herein were in conformity with the above.

The confidential documents submitted to the CRTC are not subject to common law privilege. The common law privilege is defined by the "Wigmore Rules" as set out in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263. First, the documents were submitted to the CRTC with the request that they remain confidential, but AGT could not be assured that the CRTC would agree with the request. In fact, the CRTC, exercising the discretionary power it is granted in this regard, ruled that some documents should be disclosed and others remain confidential. Therefore, they did not originate in a confidence that they would not be disclosed. As a result, the first of the "Wigmore" tests has not been met and it was not necessary to consider the others.

The requirements were not an abuse of process. While it may have been open to the Minister to apply to the CRTC to vary its confidentiality orders, there was nothing

Les règles du CRTC prévoient que celui-ci doit soupeser l'intérêt public lié à la communication par rapport au préjudice direct que celle-ci peut entraîner pour une partie requérante. Dans le cas sous étude, le CRTC a refusé les demandes de non-divulgence d'AGT à l'égard de certains renseignements, mais en a accueilli d'autres.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire portant sur la validité et l'applicabilité des avis de demande de production que le ministre a fait parvenir à AGT conformément au paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des documents et renseignements que AGT a déposés confidentiellement auprès du CRTC.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La portée du paragraphe 231.2(1) de la Loi est suffisamment large pour permettre les demandes de production en l'espèce. Un examen de la jurisprudence pertinente révèle que (1) l'attente en matière de respect de la vie privée dans le cas des documents commerciaux est relativement faible; (2) dans la mesure où l'objet du ministre est lié à l'administration et à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il n'est pas nécessaire que les documents demandés concernent une question particulière pour qu'une demande de production puisse être délivrée aux termes du paragraphe 231.2(1); (3) des documents peuvent être exigés même si leur préparation ou leur tenue n'est pas requise par la *Loi de l'impôt sur le revenu*; (4) il n'est pas nécessaire qu'une demande de production de documents énonce les raisons pour lesquelles les documents sont demandés; (5) tant et aussi longtemps que les documents concernent une enquête véritable au sujet de la dette fiscale d'une personne, ils peuvent être visés par une demande de production fondée sur le paragraphe 231.2(1). Les demandes de production en l'espèce étaient conformes aux critères susmentionnés.

Les documents confidentiels remis au CRTC ne font pas l'objet d'un privilège de common law, lequel est défini par les «règles Wigmore» énoncées dans l'arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263. D'abord, les documents qui ont été remis au CRTC étaient assortis d'une demande de non-divulgence, mais AGT ne pouvait être assurée que le CRTC ferait droit à ladite demande. En fait, le CRTC a exercé le pouvoir discrétionnaire dont il est investi à cet égard et a conclu que certains documents devraient être rendus publics, tandis que d'autres devraient rester confidentiels. Par conséquent, AGT n'a pu transmettre les documents confidentiellement avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. Le premier des critères de Wigmore n'a donc pas été établi, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les autres critères.

Les demandes de production du ministre ne constituaient pas un recours abusif. Le ministre pouvait peut-être demander au CRTC de modifier ses ordonnances de non-

in subsection 231.2(1) that suggested that it could not be invoked by the Minister in the face of such confidentiality orders. It would be quite a leap of logic to conclude that the CRTC's discretionary confidentiality orders override other statutory powers, especially when the person invoking the statutory power was not a party before the CRTC. It was not necessary for the Minister to apply to the CRTC to vary its confidentiality orders. Nor were the requirements an application to vary the confidentiality orders. The power given to the Minister to obtain information from taxpayers was an alternative to the Minister having to seek a variation of a CRTC confidentiality order, and, by extension, the necessity of having to appeal a negative ruling to the Federal Court of Appeal. This power does not derogate from the general supervisory role of the Federal Court of Appeal. That the *Income Tax Act* enabled the Minister of National Revenue to obtain access to confidential information has no bearing on the general relationship between the CRTC and regulated entities—they may continue to have full confidence in the efficacy of CRTC confidentiality orders.

This was not a case of operational conflict (arising when a person is subjected to conflicting orders from different authorities such that compliance with one would necessitate violation of the other). The CRTC confidentiality orders were binding on the CRTC, not on AGT. By contrast, the Minister's requirements notices were binding on AGT.

There was no merit to the argument that in the particular circumstances of this case, a seizure under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* was unreasonable and violated section 8 of the Charter in that respect. First, the fact that counsel was involved in preparing the documents was irrelevant since no solicitor-client privilege was claimed. Second, when AGT chose to ask the CRTC to base its revenue requirement on information different from that reflected in its income tax returns, it voluntarily assumed the obligation to bring into existence documents which it now wishes to withhold from the Minister. It knowingly assumed an obligation for a beneficial purpose and could not later argue that the obligation had the effect of denying him his rights. Third, the fact that the confidentiality orders were based on a public interest finding in favour of confidentiality was not a relevant consideration in this case. The orders were made with respect to participants in proceedings before the CRTC. The Minister was not a party to those proceedings. Moreover, subsection 231.2(1) was also in the public interest. Fourth, relevance was not a prerequisite for a requirements notice under subsection 231.2(1). The requirements must only be related to the administration and enforcement of the *Income Tax Act*. Finally, it was sufficient that the Minister

divulgarion, mais aucun élément du paragraphe 231.2(1) n'indique que le ministre ne peut invoquer cette disposition malgré ces ordonnances. Il serait illogique de conclure que les ordonnances discrétionnaires du CRTC l'emportent sur d'autres pouvoirs d'origine législative, surtout lorsque la personne qui invoque le pouvoir en question n'était pas partie aux procédures engagées devant le CRTC. Il n'était pas nécessaire que le ministre demande au CRTC de modifier ses ordonnances de non-divulgarion et les demandes de production en l'espèce ne constituaient pas une demande de modification. Le pouvoir dont le ministre est investi en ce qui a trait à l'obtention de renseignements des contribuables constitue une solution de rechange à l'obligation pour le ministre de demander une modification d'une ordonnance de non-divulgarion du CRTC et, par conséquent, à la nécessité d'en appeler d'une décision négative devant la Cour d'appel fédérale. Ce pouvoir ne modifie nullement le rôle de surveillance général de la Cour d'appel fédérale. Le fait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettait au ministre du Revenu national d'avoir accès à des renseignements confidentiels ne touche nullement la relation générale qui existe entre le CRTC et les entités réglementées, et celles-ci peuvent demeurer convaincues de l'efficacité des ordonnances de non-divulgarion du CRTC.

Il ne s'agit pas d'un conflit opérationnel (qui survient lorsqu'une personne est visée par des ordonnances incompatibles émanant d'autorités différentes, de sorte que le respect de l'une d'elles nécessiterait la violation de l'autre). Les ordonnances de non-divulgarion lient le CRTC et non AGT. En revanche, les demandes de production du ministre lient AGT.

Il n'y a pas lieu de soutenir que, dans les circonstances de la présente affaire, une saisie fondée sur le paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est abusive et va à l'encontre de l'article 8 de la Charte. D'abord, le fait que le conseiller juridique a participé à la préparation des documents n'est pas pertinent, étant donné qu'aucun privilège des communications entre l'avocat et le client n'a été invoqué. En deuxième lieu, lorsque AGT a décidé de demander au CRTC de déterminer ses besoins en revenus en se fondant sur des renseignements différents de ceux qui figuraient dans ses déclarations de revenus, elle a assumé de son plein gré l'obligation de préparer des documents qu'elle ne veut pas communiquer maintenant au ministre. Elle a assumé en toute connaissance de cause une obligation à des fins salutaires et est maintenue malvenue de faire valoir que cette obligation a pour effet de nier les droits du ministre. En troisième lieu, l'argument selon lequel les documents sont visés par des ordonnances de non-divulgarion qui sont fondées sur l'existence d'un intérêt public en faveur de la confidentialité n'est pas pertinent en l'espèce. Les ordonnances ont été rendues dans un litige qui concernait les participants aux procédures engagées devant le CRTC. Le ministre n'était pas partie aux procédures. De plus, le paragraphe 231.2(1) est

was conducting an audit of AGT and that the documents he was seeking were business records pertaining to AGT's income tax liability.

Senior officials of the MNR Audit Division had called upon the CRTC in the hope of securing confidential information with regard to AGT by "diplomatic ways". This initiative, undertaken in order to avoid the risk of a court challenge that might be occasioned by serving a notice of requirements, was not an "innocent visit" but rather constituted a "back door" attempt to obtain documents from another Government agency to which the Minister, in the absence of a requirements notice, was not entitled. However, while the actions of the Minister's officials in contacting the CRTC were regrettable, those actions did not provide a basis for relief with respect to the requirements that were ultimately issued.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Alberta Government Telephones Reorganization Act*, S.A. 1990, c. A-23.5.
CRTC Telecommunications Rules of Procedure, SOR/79-554, ss. 18(2), 19(1),(5),(10),(11) (as am. by SOR/86-832, s. 3).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231(3).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.2(1).
Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 350, 358.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 12(1), 37, 38, 39.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al., [1984] 1 S.C.R. 614; (1984), 9

également une disposition d'intérêt public. En quatrième lieu, la pertinence n'est pas obligatoire pour qu'une demande de production puisse être délivrée aux termes du paragraphe 231.2(1). Les demandes de production doivent être liées uniquement à l'administration et à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Enfin, il est évident que le ministre procédait à une vérification au sujet d'AGT et que les documents qu'il cherchait à obtenir étaient des documents commerciaux liés à la dette fiscale de celle-ci et cette raison suffit.

Des membres supérieurs du personnel de la Division de vérification du ministère du Revenu se sont rendus à l'établissement du CRTC afin d'obtenir, par des «moyens diplomatiques», des renseignements confidentiels concernant AGT. La démarche en question, qui avait pour but d'éviter les contestations judiciaires que la signification d'une demande de production risquait d'entraîner, n'était pas une «visite innocente», mais constituait plutôt un moyen indirect d'obtenir d'un autre organisme fédéral des documents auxquels le ministre n'avait pas accès, en l'absence d'une demande de production. Cependant, même si les mesures que les fonctionnaires du ministre ont prises lorsqu'ils ont joint le CRTC sont regrettables, elles ne permettent pas d'accorder la réparation demandée au sujet des demandes de production qui ont finalement été délivrées.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Alberta Government Telephones Reorganization Act*, S.A. 1990, ch. A-23.5.
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, 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231(3).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 231.2(1).
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 350, 358.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 12(1), 37, 38, 39.
Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications, DORS/79-554, art. 18(2), 19(1),(5), (10),(11) (mod. par DORS/86-832, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres, [1984] 1 R.C.S. 614; (1984), 9

D.L.R. (4th) 1; [1984] 4 W.W.R. 577; 7 Admin. L.R. 302; [1984] CTC 345; (1984), 84 DTC 6325; 54 N.R. 241; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; confg *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757; 48 D.L.R. (4th) 765; 40 C.C.C. (3d) 94; [1988] 1 C.T.C. 426; 87 DTC 6314; 26 O.A.C. 352 (C.A.); confg *R. v. McKinlay Transport Ltd. and C.T. Transport Inc.* (1987), 58 O.R. (2d) 310; 37 D.L.R. (4th) 454; 32 C.C.C. (3d) 1; [1988] 1 C.T.C. 421; 27 C.R.R. 109; 87 DTC 5051 (H.C.); *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; [1991] 6 W.W.R. 673; (1991), 67 C.C.C. (3d) 289; 8 C.R. (4th) 368; 7 C.R.R. (2d) 108; 75 Man. R. (2d) 112; 130 N.R. 161; 6 W.A.C. 112; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; (1995), 129 D.L.R. (4th) 129; 102 C.C.C. (3d) 144; 43 C.R. (4th) 343; 188 N.R. 248.

DISTINGUISHED:

Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General), [1989] 3 F.C. 540; (1989), 24 C.I.P.R. 13; 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205; 27 F.T.R. 82 (T.D.); *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; (1995), 125 D.L.R. (4th) 443; 31 Admin. L.R. (2d) 169; 183 N.R. 184.

REFERRED TO:

Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada, [1962] S.C.R. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *AGT — Issues Related to Income Taxes*, Telecom Decision CRTC 93-9.

AUTHORS CITED

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for judicial review attacking the validity and enforceability of notices of requirements to provide documents and information issued to AGT by the Minister pursuant to subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*, the requirements requiring production of documents and information

D.L.R. (4th) 1; [1984] 4 W.W.R. 577; 7 Admin. L.R. 302; [1984] CTC 345; (1984), 84 DTC 6325; 54 N.R. 241; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; [1990] 2 C.T.C. 103; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; conf. *R. v. McKinlay Transport Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 757; 48 D.L.R. (4th) 765; 40 C.C.C. (3d) 94; [1988] 1 C.T.C. 426; 87 DTC 6314; 26 O.A.C. 352 (C.A.); conf. *R. v. McKinlay Transport Ltd. and C.T. Transport Inc.* (1987), 58 O.R. (2d) 310; 37 D.L.R. (4th) 454; 32 C.C.C. (3d) 1; [1988] 1 C.T.C. 421; 27 C.R.R. 109; 87 DTC 5051 (H.C.); *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; [1991] 6 W.W.R. 673; (1991), 67 C.C.C. (3d) 289; 8 C.R. (4th) 368; 7 C.R.R. (2d) 108; 75 Man. R. (2d) 112; 130 N.R. 161; 6 W.A.C. 112; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; (1995), 129 D.L.R. (4th) 129; 102 C.C.C. (3d) 144; 43 C.R. (4th) 343; 188 N.R. 248.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Smith, Kline et French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général), [1989] 3 C.F. 540; (1989), 24 C.I.P.R. 13; 24 C.P.R. (3d) 484; [1989] 2 C.T.C. 63; 89 DTC 5205; 27 F.T.R. 82 (1^{re} inst.); *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; (1995), 125 D.L.R. (4th) 443; 31 Admin. L.R. (2d) 169; 183 N.R. 184.

DÉCISIONS CITÉES:

Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada, [1962] R.C.S. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *AGT — Questions relatives aux impôts sur les bénéfices de la société*, Décision Telecom CRTC 93-9.

DOCTRINE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

DEMANDE de contrôle judiciaire portant sur la validité et l'applicabilité des avis de demande de production que le ministre du Revenu national a fait parvenir à AGT conformément au paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des documents et renseignements que AGT a dépo-

provided to the CRTC in confidence by AGT. Application dismissed.

COUNSEL:

Al Meghji for applicant.
Naomi Goldstein for respondent.

SOLICITORS:

Bennett Jones Verchere, Calgary, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROTHSTEIN J.

INTRODUCTION

1 The issue in this judicial review is the validity and enforceability of notices of requirements to provide documents and information (referred to as requirements or notice of requirements) issued to the applicant (AGT) by the Minister of National Revenue (Minister) pursuant to subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (as amended).¹

2 The requirements require production of "Documents and Information filed with the CRTC and not previously produced for the years 1990 to July, 1995". Three identical requirements were issued by the Minister, one dated July 20, 1995 addressed to and served on George K. Petty, President and CEO of AGT, a second dated July 24, 1995 addressed to and served on Jim McGillicuddy, Tax Manager for AGT and a third, dated July 27, 1995 addressed to and served on AGT counsel, Al Meghji, a lawyer with the Calgary law firm of Bennett, Jones, Verchere and one of AGT's counsel in this case.²

sés confidentiellement auprès du CRTC. Demande rejetée.

AVOCATS:

Al Meghji pour la requérante.
Naomi Goldstein pour l'intimé.

PROCUREURS:

Bennett Jones Verchere, Calgary, 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 ROTHSTEIN

INTRODUCTION

1 La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la validité et l'applicabilité des avis de demande de production de documents et de renseignements (appelés les demandes ou demandes de production) que le ministre du Revenu national (ministre) a fait parvenir à la requérante (AGT) conformément au paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (et ses modifications)¹.

2 Les demandes concernent la production «de documents et de renseignements qui ont été déposés auprès du CRTC et qui n'ont pas été produits antérieurement pour les années allant de 1990 à juillet 1995». Le ministre a délivré trois demandes identiques, soit une en date du 20 juillet 1995 qui a été adressée et signifiée à George K. Petty, président et chef de la direction d'AGT, une deuxième en date du 24 juillet de la même année, qui a été adressée et signifiée à Jim McGillicuddy, administrateur fiscal d'AGT, et une troisième en date du 27 juillet 1995, qui a été adressée et signifiée à l'avocat d'AGT, M^e Al Meghji, membre du cabinet Bennett, Jones, Verchere, de Calgary, et l'un des conseillers juridiques d'AGT en l'espèce².

BACKGROUND

3 The documents sought by the Minister under the requirements and which AGT does not wish to produce are answers to interrogatories provided to the CRTC in confidence by AGT. Some background as to why such documents came into existence will help to place the dispute in context.³

4 Prior to October 4, 1990 telephone service in the Province of Alberta was provided by the Alberta Government Telephone Commission. As the Commission was a crown corporation that was exempt from federal and provincial income tax, it never made a claim for capital cost allowance for income tax purposes. By the *Alberta Government Telephones Reorganization Act*⁴ the Commission was restructured as of October 4, 1990 to provide for privatization. Telus Corporation was acquired by the Province of Alberta to act as a holding company. Most telephone operations and assets were transferred to AGT, a subsidiary of Telus. At this time AGT came under the jurisdiction of the CRTC and became a taxable entity.

5 In preparation for privatization, the Minister was asked for an advance tax ruling as to whether depreciable assets for tax purposes should be valued at original cost, approximately \$4 billion, or at net book value, i.e. original cost less depreciation, of about \$2.2 billion. The tax ruling allowed the original cost as undepreciated capital cost. The additional capital cost allowance for income tax purposes available by use of the original cost as undepreciated capital cost as opposed to net book value was referred to as additional tax deductions (ATD). In addition to the ATDs arising from the use of the original cost of assets as opposed to net book value for income tax purposes, there were a number of other matters relating to privatization which resulted in further ATDs.

FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

3 Les documents qui sont visés par les demandes du ministre et qu'AGT refuse de produire sont les réponses qu'AGT a données à titre confidentiel aux demandes de renseignements du CRTC. Pour comprendre le contexte du litige, il convient d'expliquer les circonstances dans lesquelles ces documents ont été préparés³.

4 Avant le 4 octobre 1990, le service téléphonique en Alberta était assuré par l'Alberta Government Telephone Commission. Étant donné que la Commission était une société d'État, elle n'était tenue de verser aucun impôt fédéral ou provincial et ne s'est jamais prévalu de la déduction pour amortissement aux fins de l'impôt. Conformément à la loi intitulée *Alberta Government Telephones Reorganization Act*⁴, la Commission a été restructurée le 4 octobre 1990 en prévision de sa privatisation. Le gouvernement de l'Alberta a fait l'acquisition de Telus Corporation, qui devait agir comme société mère. La majeure partie des activités et des éléments d'actif téléphoniques ont été transférés à AGT, filiale de Telus. AGT est alors devenue assujettie à la réglementation du CRTC et est devenue une entité imposable.

5 Dans le cadre de la préparation en vue de la privatisation, le ministre a dû rendre une décision préliminaire en matière d'impôt sur la question de savoir si les biens amortissables aux fins de l'impôt devraient être évalués au coût original, soit environ 4 000 000 000 \$, ou à la valeur comptable nette, c'est-à-dire au coût original moins l'amortissement, ce qui correspond à environ 2 200 000 000 \$. Dans sa décision, le ministre a permis l'utilisation du coût original à titre de fraction non amortie du coût en capital. La déduction pour amortissement supplémentaire qui est devenue disponible par suite de l'utilisation du coût original à titre de fraction non amortie du coût en capital plutôt que de la valeur comptable nette a créé des déductions d'impôt supplémentaires (DIS). Aux DIS découlant de l'utilisation du coût original des éléments d'actif par opposition à leur valeur comptable nette aux fins de l'impôt sur le revenu s'ajoutent d'autres DIS provenant de transactions liées à la privatisation.

- 6 AGT made an application to the CRTC for purposes of the CRTC establishing AGT's revenue requirements, initially for 1992. Once revenue requirements are determined, rates are set with a view to recovering the allowed revenue. The revenue is intended to cover AGT's expenses, cost of capital and perhaps other items; but of relevance here, the allowed revenue is intended to cover AGT's income tax liability. AGT should be in a position after attending to its expenses, including its income tax liability, to meet its cost of capital which includes interest on debt and its allowed return on equity.
- 7 Before the CRTC, AGT took a more conservative approach to its income tax liability than in its income tax returns to the Minister. Its reasons include intergenerational equity. Since its risk adjusted ATDs in its submissions to the CRTC reflected AGT's best judgment of the more likely outcome of its ultimate tax liability than its filed income tax returns, using its liability as reflected in its income tax returns for revenue requirements purposes would pose a greater risk to a post-audit generation than a pre-audit generation. Further, AGT expressed the concern that future competition would affect urban communities more than rural ones, leaving the rural users to absorb a greater proportion of tax costs as a result of any reassessment by the Minister. Finally there was a concern that attempting to recover past income taxes reassessed by the Minister would amount to retrospective rate making.
- 8 The CRTC did not accept AGT's submissions. In particular, it found that setting rates in future years to take account of any additional income tax liability would not constitute retrospective rate making any more than any other changes to accounting estimates requiring future recovery. Accordingly, it found that it would be able to make adjustments to AGT's rates in the future to reflect any differences between the amount of ATDs accounted for in prior periods and the amount permitted by the Minister on a
- AGT a demandé au CRTC d'établir les revenus dont elle avait besoin, d'abord pour l'année 1992. Une fois ces besoins déterminés, les tarifs sont établis de façon à permettre le recouvrement des revenus autorisés. Les revenus visent à couvrir les dépenses d'AGT, le coût du capital et peut-être d'autres éléments; cependant, ce qui est important pour le présent litige, c'est que les revenus autorisés doivent couvrir la dette fiscale d'AGT. Celle-ci devrait être en mesure, après avoir payé ses frais, y compris ses impôts, de payer son coût du capital, ce qui comprend l'intérêt sur la dette et son rendement des capitaux propres autorisé.
- Lorsqu'elle a comparu devant le CRTC, AGT a présenté une perspective plus prudente en ce qui a trait à sa dette fiscale qu'elle ne l'avait fait dans les déclarations de revenus qu'elle a remises au ministre, notamment par souci d'équité intergénérationnelle. Étant donné que les DIS qu'elle avait déclarées dans les documents remis au CRTC et qui avaient été pondérées en fonction des risques indiquaient avec plus de justesse, selon elle, sa dette fiscale ultérieure comparativement aux déclarations de revenus qu'elle avait déposées, l'utilisation de ces dernières pour déterminer ses besoins en revenus donnerait lieu à des risques plus élevés pour la génération suivant la vérification que pour la génération précédente. De plus, AGT craignait que la concurrence ultérieure ne soit plus forte dans les régions urbaines que dans les régions rurales, de sorte que les abonnés vivant en milieu rural seraient tenus d'absorber une plus grande part des impôts par suite d'une réévaluation du ministre. Elle craignait aussi que les efforts déployés pour recouvrer des impôts antérieurs par suite d'une réévaluation du ministre ne donnent lieu à une tarification rétrospective.
- Le CRTC n'a pas retenu les arguments d'AGT. Plus précisément, il a conclu que l'établissement de tarifs au cours des années ultérieures pour tenir compte des impôts supplémentaires à payer ne constituerait pas davantage une forme de tarification rétrospective que toute autre modification des estimations comptables qui nécessiterait des revenus supplémentaires. Il a donc décidé qu'il serait en mesure de rajuster les tarifs d'AGT à l'avenir pour tenir compte des différences entre les DIS utilisées

reassessment.

9 Leading up to Telecom Decision CRTC 93-9 on July 23, 1993, there were a number of proceedings, including income tax specific proceedings. In these proceedings, the CRTC and other parties issued interrogatories which were answered by AGT. Some answers relating to income tax issues were provided to the CRTC with a request that they remain confidential. In addition there were proceedings subsequent to July 23, 1993 in which AGT responded to interrogatories with similar confidentiality requests.

10 Without addressing in detail AGT's reasons for seeking confidentiality, suffice it to say that AGT was of the opinion that making public the information it sought to keep confidential would prejudice its position *vis-à-vis* the Minister in any subsequent reassessment by the Minister. For example, AGT may have assessed the risk of reassessment of its ATDs in its submissions to the CRTC for revenue requirements purposes. For the Minister to have access to such information might prompt the Minister to reassess AGT or at least would damage AGT's negotiating position with the Minister.

11 The CRTC has specific rules dealing with confidentiality requests.⁵ In essence, the Rules provide that the CRTC must weigh the public interest in disclosure against the specific direct harm to an applicant that might result from such disclosure. In accordance with this approach, the CRTC denied AGT's requests for confidentiality in respect of some information, but allowed others. It is the documents which the CRTC found were entitled to confidentiality to which AGT says the Minister's requirements should not apply.

ISSUES

12 AGT acknowledges that by its wording, subsection 231.2(1) is very broad and could apply to any

précédemment et le montant autorisé par le ministre lors d'une réévaluation.

9 Avant que le CRTC rende sa décision Telecom CRTC 93-9 le 23 juillet 1993, un certain nombre de procédures se sont déroulées, notamment des procédures concernant des questions fiscales. Au cours de ces procédures, le CRTC et d'autres parties ont fait parvenir des demandes de renseignements auxquelles AGT a répondu. Certaines des réponses qui ont été données au sujet des questions d'ordre fiscal étaient assorties d'une demande de non-divulgaration. Au cours de procédures qui ont eu lieu après le 23 juillet 1993, AGT a renouvelé sa demande de non-divulgaration lorsqu'elle a répondu aux demandes de renseignements.

10 Sans examiner à fond les raisons pour lesquelles AGT a demandé la confidentialité, il suffit de dire que, selon celle-ci, si les renseignements qu'elle voulait garder confidentiels devenaient publiquement accessibles, sa position serait touchée lors de toute réévaluation subséquente du ministre. Ainsi, il se peut qu'AGT ait évalué le risque lié à une réévaluation de ses DIS dans les documents qu'elle a remis au CRTC pour l'établissement de ses besoins en revenus. Si le ministre avait accès à ces renseignements, il pourrait être incité à établir une nouvelle cotisation à l'encontre d'AGT; à tout le moins, celle-ci serait en moins bonne position pour négocier avec le ministre.

11 Le CRTC a adopté des règles spécifiques au sujet des demandes de non-divulgaration⁵. Essentiellement, les Règles prévoient que le CRTC doit sopeser l'intérêt public lié à la communication par rapport au préjudice direct que celle-ci peut entraîner pour une partie requérante. En se fondant sur ce principe, le CRTC a refusé les demandes de non-divulgaration d'AGT à l'égard de certains renseignements, mais en accueilli d'autres. AGT soutient que les demandes de production du ministre ne devraient pas s'appliquer aux documents dont le CRTC a reconnu le caractère confidentiel.

QUESTIONS EN LITIGE

12 AGT reconnaît que le paragraphe 231.2(1) est libellé de façon très large et pourrait s'appliquer à

document or any information. However, it raises a number of defences which it says disentitle the Minister from relying on the requirements issued under that section in this case.

1. The case law has narrowed the scope of requirements under subsection 231.2(1) and what the Minister seeks in this case is outside the boundaries of subsection 231.2(1) as determined by the jurisprudence.

2. Common law privilege attaches to the documents in that they were produced with the understanding that they would not be disclosed.

3. The Minister's requirements constitute an abuse of the process in view of the confidentiality rulings of the CRTC.

4. There is an operational conflict created for AGT between the Minister's requirements and the CRTC's confidentiality orders. The Minister should go before the CRTC to ask for a variation of its confidentiality orders rather than proceeding by way of requirements.

5. The requirements constitute an unreasonable seizure contrary to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁶

1. The Scope of Subsection 231.2(1)

13 Counsel for AGT says that much of the information sought by the Minister is irrelevant. He points to admissions in cross-examination of the Minister's deponent to that effect. In any event, counsel says the Minister was indifferent as to whether information or documents could possibly be relevant and therefore his conduct is not reasonable. Further, he says, there is evidence to indicate the information sought is not necessary to determine AGT's tax liability. He submits that this is a fishing expedition which, he says, is not permitted under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*.

tout document ou renseignement. Cependant, elle soulève certains moyens de contestation qui, selon elle, empêchent le ministre de se fonder sur les demandes de production délivrées en application de cette disposition en l'espèce.

1. La jurisprudence a restreint la portée des demandes de production aux termes du paragraphe 231.2(1) et les éléments que le ministre demande en l'espèce ne sont pas visés par cette disposition selon les limites fixées par la jurisprudence.

2. Il existe un privilège de common law à l'égard des documents, car ceux-ci ont été produits avec l'entente qu'ils ne seraient pas communiqués.

3. Les demandes de production du ministre constituent un recours abusif, compte tenu des décisions que le CRTC a rendues au sujet de la confidentialité.

4. Il existe un conflit opérationnel entre les demandes du ministre et les ordonnances de non-divulgaration du CRTC. Le ministre devrait demander au CRTC de modifier ses ordonnances de non-divulgaration et non de délivrer des demandes de production.

5. Les demandes de production constituent une saisie abusive qui va à l'encontre de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁶

1. La portée du paragraphe 231.2(1)

13 L'avocat d'AGT soutient qu'une bonne partie des renseignements que le ministre demande ne sont pas pertinents. Il souligne à cet égard les admissions qui ont été faites en ce sens par le témoin du ministre en contre-interrogatoire. À tout événement, l'avocat fait valoir que le ministre n'accordait aucune importance à la question de savoir si les renseignements ou documents pouvaient ou non être pertinents et n'a donc pas agi de façon raisonnable. L'avocat ajoute que, d'après la preuve, les renseignements demandés ne sont pas nécessaires pour déterminer la dette fiscale d'AGT. Selon lui, cette démarche constitue une recherche à l'aveuglette qui n'est pas autorisée par le paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

- 14 In *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*,⁷ Wilson J., relying on *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*,⁸ found that subsection 231(3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended (now with differences that are inconsequential for purposes of this case, subsection 231.2(1) of the current *Income Tax Act*)⁹ was not to be construed as broadly as its language on its face could suggest. In *Richardson*, the Minister had served requirements on Richardson to disclose information about certain of its trading customers whose tax liability was not under investigation. Wilson J. called such a general check on compliance with the *Income Tax Act* a fishing expedition into the affairs of Richardson's customers. However, she did state that if the tax liability of a customer was the subject of a genuine inquiry, the Minister would have been entitled to require Richardson to disclose information about its customer even if innocent taxpayers' information was disclosed in the process.
- Dans l'arrêt *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*⁷, M^{me} le juge Wilson, se fondant sur l'arrêt *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*⁸, a conclu que le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, sous sa version modifiée (maintenant le paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹ actuellement en vigueur, compte tenu de certaines différences qui n'ont pas d'importance aux fins du présent litige) ne devait pas être interprété d'une façon aussi libérale que son libellé semble l'indiquer à première vue. Dans l'arrêt *Richardson*, le ministre avait signifié à Richardson des demandes de renseignements au sujet de certains clients commerciaux de l'entreprise dont la dette fiscale ne faisait pas l'objet de l'enquête. M^{me} le juge Wilson a dit que cette vérification générale concernant le respect des exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constituait une recherche à l'aveuglette touchant la situation des clients de Richardson. Toutefois, elle a précisé que, si la dette fiscale d'un client avait véritablement fait l'objet d'une enquête, le ministre aurait eu le droit de sommer Richardson de divulguer des renseignements au sujet de son client, au risque que la démarche entraîne la communication de renseignements concernant un contribuable innocent.
- 15 In *R. v. McKinlay Transport Ltd.*,¹⁰ the question was whether a requirements notice under subsection 231(3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, was a reasonable seizure under section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the Ontario High Court [(1987), 58 O.R. (2d) 310], Trainor J. found that relevance was a prerequisite to a requirements notice under subsection 231(3). He also said, amongst other things, that a requirements notice could be attacked on the grounds that the Minister was on a fishing expedition. In addition, he was of the opinion that where the issues had not been clearly identified, it would be incumbent on the Minister to set out the grounds for the demand in order that relevance could be ascertained. In the Ontario Court of Appeal [(1987), 62 O.R. (2d) 757], Grange J.A. found that a requirements notice was subject to being objectively tested to determine whether it was authorized by the section and
- Dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*¹⁰, il s'agissait de savoir si une demande de production fondée sur le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, constituait une saisie raisonnable aux termes de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Trainor, de la Haute Cour de l'Ontario [(1987), 58 O.R. (2d) 310], a statué que la demande fondée sur le paragraphe 231(3) devait porter sur des documents pertinents. Il a ajouté qu'une demande de production pouvait être contestée au motif que le ministre faisait une recherche à l'aveuglette. Selon le juge Trainor, lorsque les questions à trancher n'ont pas été déterminées avec certitude, il appartient au ministre de préciser les motifs de la demande afin qu'il soit possible de vérifier si les documents demandés sont pertinents. Pour sa part, le juge Grange, de la Cour d'appel de l'Ontario [(1987), 62 O.R. (2d) 757], a décidé qu'une demande de production était assujettie

whether it was relevant to the tax liability of a specific person.

16 At the Supreme Court of Canada, Wilson J. observed that subsection 231(3) was enacted because of the reality that under Canada's self-reporting income tax system, some persons would attempt to avoid paying their full share of the tax burden. She then addressed the criteria to be met in order that a search be reasonable. After analyzing the criteria in the criminal context as set forth by Dickson J. (as he then was) in *Hunter et al. v. Southam Inc.*,¹¹ she concluded that such criteria were not applicable to regulatory provisions under the *Income Tax Act*. In particular, she found that the *Hunter* requirement that there be reasonable grounds for believing that a particular taxpayer had failed to observe the provisions of the *Income Tax Act* is not a requirement for the Minister acting under subsection 231(3). She specifically found that the other *Hunter* requirements were also not applicable. Thus, there is no necessity that there be reasonable grounds to believe that a requirements notice will turn up something related to a particular assessment or that only documents strictly relevant to the assessment may be authorized to be seized. Further, she concluded that subsection 231(3) provided for the compelled production of a wide array of documents and not just those which are required to be prepared and maintained under the *Income Tax Act*.

17 Wilson J. does not grant the Minister unconditional power to search and seize documents under the *Income Tax Act*. She observes that if a seizure involves entry onto private property of a taxpayer, the *Hunter* safeguards may be required. However, she also concludes that subsection 231(3) is the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. She states, at pages 649-650:

à une vérification objective en vue de déterminer si elle était autorisée par la disposition législative et si elle était pertinente en ce qui a trait à la dette fiscale d'un contribuable donné.

M^{me} le juge Wilson, de la Cour suprême du Canada, a fait remarquer que le paragraphe 231(3) a été édicté parce que, dans le cadre de l'actuel système canadien de déclaration volontaire des revenus, certaines personnes tentent d'éviter de payer leur pleine part de la dette fiscale. Elle a ensuite commenté les critères à respecter pour qu'une perquisition soit raisonnable. Après avoir analysé les critères que le juge Dickson (tel était alors son titre) avait établis en matière pénale dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*¹¹, elle a conclu que ces critères ne s'appliquaient pas aux dispositions réglementaires prises en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Plus précisément, elle a statué que l'exigence de l'arrêt *Hunter*, soit l'existence de motifs raisonnables de croire qu'un contribuable donné ne s'est pas conformé aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ne s'applique pas au paragraphe 231(3). Elle a ajouté que les autres exigences établies dans l'arrêt *Hunter* ne s'appliquaient pas non plus. Il n'est donc pas nécessaire qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une demande de production entraînera la divulgation d'un élément lié à une cotisation donnée et il n'est pas nécessaire non plus que seule la saisie des documents strictement pertinents aux fins de l'évaluation soit autorisée. Elle a également décidé que le paragraphe 231(3) permettait d'exiger la production d'une panoplie de documents et non seulement ceux qui doivent être préparés et tenus en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

M^{me} le juge Wilson n'accorde pas au ministre un pouvoir inconditionnel de chercher et de saisir des documents en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle mentionne que, s'il faut pénétrer dans la propriété privée d'un contribuable pour procéder à une saisie, les mesures de protection prévues dans l'arrêt *Hunter* seront peut-être nécessaires. Cependant, elle ajoute que le paragraphe 231(3) représente la façon la moins envahissante de contrôler le respect des exigences de la *Loi de l'impôt sur le reve-*

In my opinion, s. 231(3) provides the least intrusive means by which effective monitoring of compliance with the *Income Tax Act* can be effected. It involves no invasion of a taxpayer's home or business premises. It simply calls for the production of records which may be relevant to the filing of an income tax return. A taxpayer's privacy interest with regard to these documents *vis-à-vis* the Minister is relatively low. The Minister has no way of knowing whether certain records are relevant until he has had an opportunity to examine them. At the same time, the taxpayer's privacy interest is protected as much as possible since s. 241 of the Act protects the taxpayer from disclosure of his records or the information contained therein to other persons or agencies.

Having considered *Richardson* and *McKinlay*, I conclude:

1. The expectation of privacy in relation to business records is relatively low.
2. As long as the Minister's purpose is related to the administration and enforcement of the *Income Tax Act*, relevance of the material sought to a particular issue is not a prerequisite to a requirements notice under subsection 231.2(1).
3. Documents may be compelled even if they are not required to be prepared or kept under the *Income Tax Act*.
4. It is not necessary that a requirements notice set out the grounds or particulars for which the documents sought are required.
5. As long as the documents pertain to a genuine inquiry into the tax liability of a person, they may be the subject of a requirements notice under subsection 231.2(1).

nu. Voici comment elle s'exprime, aux pages 649 et 650:

À mon sens, le par. 231(3) prescrit la méthode la moins envahissante pour contrôler efficacement le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle n'entraîne pas la visite du domicile ni des locaux commerciaux du contribuable, elle exige simplement la production de documents qui peuvent être utiles au dépôt des déclarations d'impôt sur le revenu. Le droit du contribuable à la protection de sa vie privée à l'égard de ces documents est relativement faible vis-à-vis le Ministre. Ce dernier est absolument incapable de savoir si certains documents sont utiles avant d'avoir eu la possibilité de les examiner. En même temps, le droit du contribuable à la protection de sa vie privée est garanti autant qu'il est possible de le faire puisque l'art. 241 de la Loi interdit la communication de ses documents et des renseignements qu'ils contiennent à d'autres personnes ou organismes.

Compte tenu des arrêts *Richardson* et *McKinlay*, je conclus comme suit:

1. L'attente en matière de respect de la vie privée dans le cas des dossiers commerciaux est relativement faible.
2. Dans la mesure où l'objet du ministre est lié à l'administration et à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il n'est pas nécessaire que les documents demandés concernent une question particulière pour qu'une demande de production puisse être délivrée aux termes du paragraphe 231.2(1).
3. Des documents peuvent être exigés même si leur préparation ou leur tenue n'est pas requise par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.
4. Il n'est pas nécessaire qu'une demande de production de documents énonce les raisons pour lesquelles les documents sont demandés.
5. Tant et aussi longtemps que les documents concernent une enquête véritable au sujet de la dette fiscale d'une personne, ils peuvent être visés par une demande de production fondée sur le paragraphe 231.2(1).

aware that confidential information had been filed with the CRTC by AGT pertaining to income tax issues. The Minister requested such information from AGT but not all of it was produced. The information not produced was that which had been supplied to the CRTC and which was subject to the CRTC's confidentiality orders. The Minister then sought to obtain the confidential information from the CRTC. The CRTC would not disclose the information (I will return to this issue). It was at that point the requirements were issued.

19 As the Minister had been conducting an extensive audit of AGT, this is the case of a genuine inquiry into the income tax liability of AGT. There is no doubt that the subject-matter of the documents which the Minister sought pertains to AGT's tax liability. The Minister is entitled to business records, which these are, whether relevant or irrelevant to any specific issue. The fact that the documents may not have been prepared for purposes of the *Income Tax Act* is of no consequence.

20 I do not see any general condition precedent to the Minister invoking subsection 231.2(1) that he first attempt to obtain the documents voluntarily or that he limit his requirements by some preliminary determination of likely relevance. Certainly the Minister may not invoke subsection 231.2 (1) in bad faith. However, the fact that he acknowledges that some of the information he seeks is not relevant, is not fatal to the Minister.

21 In the absence of some other specific rationale to the contrary, the Minister is entitled in the present case to the documents he seeks from AGT.

2. Common Law Privilege

22 AGT says the confidential documents submitted to the CRTC are subject to common law privilege

qu'AGT avait déposé auprès du CRTC des renseignements confidentiels concernant certaines questions d'ordre fiscal. Le ministre a demandé ces renseignements à AGT, mais ne les a pas tous obtenus. Les renseignements qui n'ont pas été produits étaient ceux qui avaient été fournis au CRTC et qui étaient visés par les ordonnances de non-divulgence de celui-ci. Le ministre a ensuite tenté d'obtenir les renseignements confidentiels du CRTC, qui a refusé de les communiquer (j'y reviendrai). C'est à ce moment que les demandes de production ont été délivrées.

Étant donné que le ministre procédait à une vérification approfondie au sujet d'AGT, il s'agit en l'espèce d'une enquête véritable concernant la dette fiscale d'AGT. Il est indubitable que les documents demandés par le ministre concernent la dette fiscale d'AGT. Le ministre a le droit d'exiger la production de documents commerciaux, et il s'agit précisément de documents commerciaux en l'espèce, qu'ils soient pertinents ou non en ce qui a trait aux questions en litige. Le fait que les documents n'ont peut-être pas été préparés aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a aucune importance.

À mon avis, il n'existe aucune condition générale imposant au ministre l'obligation, avant d'invoquer le paragraphe 231.2(1), de tenter d'abord d'obtenir les documents volontairement ou de limiter sa demande en procédant à une détermination préliminaire de la pertinence probable des renseignements demandés. Il est vrai que le ministre ne peut invoquer le paragraphe 231.2(1) de mauvaise foi. Cependant, le fait qu'il reconnaît qu'une partie des renseignements qu'il demande ne sont pas pertinents ne porte pas un coup fatal à la cause du ministre.

En l'absence de certaines raisons précises indiquant le contraire, le ministre a le droit en l'espèce d'exiger la production des documents qu'il demande à AGT.

2. Privilège de common law

AGT soutient que les documents confidentiels remis au CRTC font l'objet d'un privilège de com-

and, therefore, production cannot be compelled by the Minister using a requirements notice under subsection 231.2(1). This argument, I think, goes to whether there is a reasonable expectation of privacy with respect to the documents. As Wilson J. pointed out in *McKinlay*, business records are subject to a low expectation of privacy. However, while such expectation may be low, it is not zero.

23 Common law privilege is defined by the “Wigmore rules” [Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, para. 2285] as outlined in cases such as *R. v. Gruenke*.¹² The “Wigmore rules” are set forth in *Gruenke*, at page 284:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one in which the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

24 *Gruenke* distinguishes between those situations in which there is a *prima facie* presumption of privilege and those when the *prima facie* presumption is against privilege. At page 286, Lamer C.J. states:

The term “case-by-case” privilege is used to refer to communications for which there is a *prima facie* assumption that they are not privileged (i.e., are admissible). The case-by-case analysis has generally involved an application of the “Wigmore test” (see above), which is a set of criteria for determining whether communications should be privileged (and therefore not admitted) in particular cases. In other words, the case-by-case analysis requires that the policy reasons for excluding otherwise relevant evidence be weighed in each particular case.

mon law et que le ministre ne peut donc en exiger la production au moyen d’une demande fondée sur le paragraphe 231.2(1). À mon avis, cet argument soulève la question de savoir s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux documents. Comme l’a dit M^{me} le juge Wilson dans l’arrêt *McKinlay*, l’attente en matière de vie privée est faible dans le cas des documents commerciaux. Cependant, si faible soit-elle, cette attente n’est pas totalement absente.

Le privilège de common law est défini par les «règles Wigmore» [Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, révision McNaughton, par. 2285] énoncées dans des arrêts comme celui de *R. c. Gruenke*¹². Les «règles Wigmore» sont résumées comme suit dans l’arrêt *Gruenke*, à la page 284:

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel doit être* un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être *entretenus* assidûment.

(4) le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l’avantage* à retirer d’une juste décision.

Dans cet arrêt, la Cour établit la distinction entre les cas où il existe une présomption *prima facie* en faveur de l’existence du privilège et ceux où la présomption contraire s’applique. Voici comment le juge en chef Lamer, s’exprime, à la page 286:

L’expression privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas» est utilisée pour viser des communications à l’égard desquelles il y a une présomption à première vue qu’elles ne sont pas privilégiées (c.-à-d. qu’elles sont admissibles). L’analyse de chaque cas a généralement comporté une application du «critère de Wigmore» (voir précédemment), qui constitue un ensemble des critères pour déterminer si des communications devraient être privilégiées (et, par conséquent, ne pas être admises) dans des cas particuliers. En d’autres termes, l’analyse de chaque cas exige que les raisons de principe d’exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents soient évaluées dans chaque cas particulier.

As I understand AGT's argument, while there is no presumption of privilege over the documents, application of the "Wigmore rules" to the circumstances of this case will result in them being found to be privileged and exempt from seizure under subsection 231.2(1).

25 I turn to the first of the "Wigmore rules"—the documents must originate in a confidence that they will not be disclosed. In the case at bar, the documents in question were submitted to the CRTC by AGT with the request that they remain confidential. The CRTC ruled that some documents should be disclosed and others should remain confidential. In making such rulings, the CRTC had regard for sections 350 and 358 of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, as amended, and sections 18 and 19 of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*.¹³ In relevant part they provide:

350. Where information concerning the costs of a railway company or other information that is by its nature confidential is obtained from the company by the Commission in the course of any investigation under this Act, the information shall not be published or revealed in such a manner as to be available for the use of any other person, unless in the opinion of the Commission the publication is necessary in the public interest.

...

358. (1) The Commission may, by notice served on any railway, telegraph, telephone or express company or any officer, servant or agent of the company, require it, the officer, servant or agent to furnish the Commission, at or within any time stated in the notice, with a written statement or statements showing in so far, and with such detail and particulars, as the Commission requires

...

(3) Any information furnished to the Commission by any return, or any evidence taken by the Commission in connection therewith, shall not be open to the public, or published, but shall be for the information of the Commission only.

AGT semble soutenir que, même s'il n'existe aucune présomption en faveur de l'existence d'un privilège à l'égard des documents, compte tenu de l'application des règles Wigmore aux circonstances de la présente affaire, les documents en question sont privilégiés et ne peuvent faire l'objet d'une saisie fondée sur le paragraphe 231.2(1).

J'examine d'abord la première des «règles Wigmore», selon laquelle les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Dans le cas qui nous occupe, AGT a soumis les documents en question au CRTC en lui demandant d'en protéger le caractère confidentiel. Le CRTC a décidé que certains documents devraient être divulgués, tandis que d'autres devraient rester confidentiels. Pour en arriver à ces décisions, le CRTC a tenu compte des articles 350 et 358 de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, et ses modifications, ainsi que des articles 18 et 19 des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*¹³, dont voici les extraits pertinents:

350. Lorsque la Commission obtient d'une compagnie de chemin de fer, au cours d'une enquête faite en vertu de la présente loi, des renseignements relatifs aux frais de cette compagnie ou d'autres renseignements de nature confidentielle, ces renseignements ne peuvent être publiés ni révélés d'une manière qui les rende utilisables par quelqu'un d'autre, sauf si, de l'avis de la Commission, cette publication est nécessaire dans l'intérêt public.

...

358. (1) La Commission peut, par avis signifié à une compagnie de chemin de fer, de télégraphe, de téléphone ou de messagerie ou à l'un de ses dirigeants, employés ou agents, la requérir, ou requérir ce dirigeant, cet employé ou cet agent, de lui fournir, à la date ou dans le délai fixé par cet avis, des états par écrit montrant, dans la mesure que le veut la Commission et avec les particularités et détails qu'elle exige:

...

(3) Aucun renseignement fourni à la Commission dans un rapport de ce genre, et aucun témoignage reçu par la Commission au sujet de ce rapport, ne peuvent être communiqués au public ni publiés, ces renseignements ou ces témoignages devant servir à l'information de la Commission seulement.

...
 (5) The Commission may authorize any part of the information obtained by it to be made public when, and in so far as, there may appear to the Commission to be good and sufficient reasons for so doing,

[CRTC Telecommunications Rules of Procedure]

18. . . .

(2) A party who is unable or unwilling to provide a full and adequate response to an interrogatory shall

...
 (c) where the party contends that the information sought is of a confidential nature, provide a response that sets out the reasons therefor as required by subsection 19(2),

and file with the Secretary a copy of the response provided.

...
 19. (1) Where a document is filed with the Commission by a party in relation to any proceeding, the Commission shall place the document on the public record unless the party filing the document asserts a claim of confidentiality at the time of such filing.

...
 (5) Where a claim for confidentiality is made in connection with a document that has not been filed by a party, the Commission may require the party to file the document and, after the document has been filed, the document shall

(a) be reviewed by the Commission in confidence; and

(b) be dealt with as provided in subsection (10) or (11), whichever is applicable.

...
(10) Where the Commission is of the opinion that, based on all the material before it, no specific direct harm would be likely to result from disclosure, or where any such specific direct harm is shown but is not sufficient to outweigh the public interest in disclosing the document, the document shall be placed on the public record.

(11) Where the Commission is of the opinion that, based on all the material before it, the specific direct harm likely to result from public disclosure justifies a claim for confidentiality, the Commission may

(a) order that the document not be placed on the public record;

...
 (5) La Commission peut autoriser la publication de toute partie de ces renseignements, au temps et dans la mesure où elle juge qu'il y a de bonnes et suffisantes raisons pour le faire; . . .

[Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications]

18. . . .

(2) Une partie qui est incapable ou qui refuse de fournir une réponse complète et satisfaisante à une demande de renseignements doit,

...
 c) si elle allègue que les renseignements demandés sont de nature confidentielle, en donner les raisons dans sa réponse, tel que l'exige le paragraphe 19(2),

et adresser une copie de sa réponse au secrétaire.

...
 19. (1) Les documents déposés auprès du Conseil par une partie dans une instance sont considérés comme des documents publics, à moins que la partie concernée ne réclame qu'ils soient traités à titre confidentiel lors de leur dépôt.

...
 (5) Le Conseil peut exiger le dépôt de tout document faisant l'objet d'une demande de traitement confidentiel; ce document est alors

a) examiné par le Conseil à titre confidentiel; et

b) assujetti au paragraphe (10) ou (11), selon le cas.

...
(10) Lorsque le Conseil est d'avis, sur la foi des éléments de preuve à sa disposition, que la divulgation ne causerait vraisemblablement pas de préjudice direct ou que l'intérêt public a préséance, le document est rendu public.

(11) Si, sur la foi des éléments de preuve à sa disposition, le Conseil est d'avis que le document doit être traité confidentiellement à cause de la possibilité d'un préjudice direct, il peut ordonner

a) que le document ne soit pas rendu public;

(b) order disclosure of an abridged version of the document; or

(c) order that the document be disclosed to parties at a hearing to be conducted *in camera*. [Emphasis added.]

b) qu'une version abrégée du document soit divulguée; ou

c) que le contenu du document soit révélé aux parties au cours d'une audience tenue à huis clos. [Non souligné dans l'original.]

26 It is apparent that sections 350 and 358 of the *Railway Act* confer a discretion on the CRTC to disclose confidential information where it considers the public interest requires such disclosure. Sections 18 and 19 of the Rules provide a procedure and criteria under which the CRTC is to determine whether information that is confidential should be revealed. The CRTC is required to exercise its discretion based on the specific direct harm criteria in subsections 19(10) and (11) of the Rules as to whether, and the extent to which, to order disclosure of documents submitted in confidence in any given case. It is these discretionary provisions under which the Commission acted with respect to the documents in question in this case.¹⁴ For example, in its decision on requests for disclosure, dated January 20, 1992, the Commission states:

This letter constitutes the Commission's decision regarding requests of the parties to this proceeding for public disclosure and for further responses in relation to the responses to interrogatories filed by AGT. . . .

...

In assessing AGT's claims for confidentiality, the Commission is governed by the provisions of sections 350 and 358 of the *Railway Act* and section 19 of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*. In each case, the Commission has weighed the public interest in disclosure and the specific direct harm that might result from such disclosure. In applying these principles, the Commission has considered a number of factors.

The Commission goes on to give examples of the matters it considered. One was the extent of competition in a particular market. The Commission states:

The Commission considers that, other things being equal, the greater the degree of competition, the greater the specific harm that could be expected to result from disclosure.

Les articles 350 et 358 de la *Loi sur les chemins de fer* accordent manifestement au CRTC un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de divulguer des renseignements confidentiels lorsqu'il estime que cette publication est nécessaire dans l'intérêt public. Les articles 18 et 19 des Règles énoncent la procédure et les critères selon lesquels le CRTC doit déterminer si des renseignements confidentiels devraient être révélés. Le CRTC doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur l'ampleur du préjudice direct qui découlerait de la divulgation de documents remis à titre confidentiel, conformément aux paragraphes 19(10) et (11) des Règles. Ce sont ces dispositions de nature discrétionnaire sur lesquelles le Conseil s'est fondé dans le cas des documents concernés en l'espèce¹⁴. Ainsi, dans sa décision datée du 20 janvier 1992 au sujet des demandes de divulgation, le Conseil s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] La présente lettre constitue la décision du Conseil concernant les demandes que les parties ont présentées en vue d'obtenir la divulgation publique ainsi que des réponses supplémentaires à l'égard des réponses déposées par AGT au sujet des demandes de renseignements. . . .

...

Pour l'évaluation des demandes de traitement confidentiel d'AGT, le Conseil est régi par les dispositions des articles 350 et 358 de la *Loi sur les chemins de fer* et par l'article 19 des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*. Dans chaque cas, le Conseil a soupesé l'intérêt public lié à la divulgation et le préjudice direct qui pourrait en découler. Pour appliquer ces principes, le Conseil a examiné un certain nombre de facteurs.

Le Conseil donne ensuite des exemples de ces facteurs. L'un d'eux était l'ampleur de la concurrence dans un marché donné. Voici comment le Conseil s'exprime:

[TRADUCTION] Le Conseil estime que, toutes choses étant égales par ailleurs, plus la concurrence est forte, plus le préjudice découlant de la divulgation risque d'être important.

The Commission concluded that some information, for which confidentiality was requested, should be placed on the public record. Other information should remain confidential. The Commission states:

Having regard to these considerations, the Commission has decided that all or part of the information subject to a claim of confidence in the interrogatories listed in Appendix A of this decision should be placed on the public record of this proceeding. In each such case, the Commission has concluded that the specific direct harm likely to be caused by disclosure would not outweigh the public interest in disclosure. Accordingly, unless otherwise expressly indicated in Appendix A, AGT is directed to place on the public record all of the information which was subject to a claim of confidence in each of the interrogatories listed in Appendix A.

The requests for public disclosure that are the subject of this decision which relate to interrogatories that are not listed in Appendix A are hereby denied.

27 In *Gruenke, supra*, it was found that the communications between the accused and a pastor and counsellor did not originate in a confidence that they would not be disclosed. The pastor and counsellor testified that they were unclear as to whether they were expected to keep confidential what the accused told them. This led the Court to the conclusion that the accused did not make her admissions to them in the confident belief they would not be disclosed.

28 In the case at bar, the basis of the privilege claim is that the documents were submitted to the CRTC with a claim for confidentiality pursuant to sections 18 and 19 of the *CRTC Telecommunications Rules of Procedure*. There is no evidence of any other reason supporting the argument that they originated in the confidence that they would not be disclosed. Undoubtedly, AGT hoped the CRTC would rule that the documents not be disclosed; but in making their submissions, they left themselves in the hands of the CRTC. The CRTC was bound to follow the relevant provisions of the *Railway Act* and *CRTC Telecommunications Rules of Procedure* and exercise its

Le Conseil a conclu que certains documents devraient être rendus publics, tandis que d'autres devraient rester confidentiels:

[TRADUCTION] Compte tenu de tous ces facteurs, le Conseil a décidé que la totalité ou une partie des renseignements visés par une demande de traitement confidentiel relativement aux demandes de renseignements énumérées à l'annexe A de la présente décision devraient être rendus publics. Dans chacun de ces cas, le Conseil a conclu que l'intérêt public lié à la communication a prévalence sur le préjudice direct susceptible d'en découler. Par conséquent, sauf s'il en est expressément indiqué autrement à l'annexe A, AGT doit rendre publics tous les renseignements qui étaient visés par une demande de non-divulgence pour chacune des demandes de renseignements énumérées à l'annexe A.

Les demandes de divulgation qui sont visées par la présente décision et qui concernent des demandes de renseignements non mentionnées à l'annexe A sont refusées.

Dans l'arrêt *Gruenke*, précité, la Cour suprême a conclu que les communications entre l'accusée ainsi qu'un pasteur et un conseiller n'avaient pas été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Le pasteur et le conseiller ont dit au cours de leur témoignage qu'ils ne savaient pas s'ils devaient traiter confidentiellement les renseignements que l'accusée leur avait fournis. Ces témoignages ont incité la Cour à conclure que l'accusée ne leur avait pas fait ses aveux avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. 27

Dans la présente affaire, le privilège serait fondé sur le fait que les documents soumis au CRTC étaient assortis d'une demande de non-divulgence conformément aux articles 18 et 19 des *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, précitées. La preuve n'indique aucune autre raison permettant de dire que les documents ont été transmis confidentiellement avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. AGT souhaitait sans doute que le CRTC décide que les documents devraient être traités confidentiellement; cependant, lorsqu'elle a transmis ses documents, elle s'en est remise à la décision du CRTC, qui devait appliquer les disposi- 28

discretion as to whether to allow AGT's claim for confidentiality in whole or in part. This inevitably leads to the conclusion that AGT could not have originated the documents it submitted to the CRTC in the confidence they would not be disclosed.

29 AGT says that from its experience with the CRTC and from the way in which the CRTC dealt with its first submission of documents with a request for confidentiality, it had confidence that the CRTC would not disclose the documents which AGT considered confidential. Indeed after its first submission, and because of the CRTC's first decision, AGT probably had some confidence that a number of the documents subsequently submitted would not be disclosed. However, AGT could not have had such confidence with respect to its first submission of documents and indeed could never be certain that a new argument from another party might not result in the CRTC deciding to order further disclosure. Further, there is some indication in the material that the CRTC revisited at least one of its confidentiality decisions.¹⁵ In addition, the CRTC indicates in its August 7, 1992 decision, that AGT had submitted that the material in question in this case was of a "uniquely sensitive nature" and that the CRTC agreed that the circumstances are unique. That the CRTC considered it necessary to revisit one of its confidentiality decisions and that the circumstances in this case were unique, suggests that little reliance could be placed on prior decisions of the CRTC with respect to confidentiality.

30 In all the circumstances, I am convinced that AGT could not have originated the documents it submitted to the CRTC in the confidence that they would not be disclosed. As a result, the first of the "Wigmore" tests has not been met and it is not necessary to go on to consider the other tests. Common law privilege is simply not applicable in this case.

tions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer et des Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications* et exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il devait accueillir la demande de non-divulgence d'AGT, en tout ou en partie. Par conséquent, AGT n'a pu transmettre les documents en question confidentiellement avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués.

29 AGT soutient que, compte tenu de l'expérience qu'elle avait vécue avec le CRTC et de la façon dont celui-ci a traité les premiers documents qu'elle lui a soumis à titre confidentiel, elle était convaincue que le CRTC ne divulguerait pas les documents qu'elle estimait être confidentiels. Effectivement, après avoir soumis des documents pour une première fois, AGT était probablement convaincue, compte tenu de la première décision du CRTC, qu'un certain nombre de documents qu'elle fournirait par la suite ne seraient pas communiqués. Cependant, AGT ne pouvait avoir cette assurance au sujet des premiers documents qu'elle a soumis et, en fait, elle n'a jamais pu être certaine que le CRTC ne déciderait pas d'ordonner la communication de certains documents par suite de nouveaux arguments présentés par une autre partie. De plus, il appert du dossier que le CRTC a révisé au moins une de ses décisions concernant la non-divulgence¹⁵. Dans sa décision du 7 août 1992, le CRTC indique que les documents qu'AGT avait soumis dans la présente affaire étaient d'une [TRADUCTION] «nature très délicate» et que les circonstances étaient uniques. Le fait que le CRTC a jugé nécessaire de réviser une de ses décisions concernant la non-divulgence et que les circonstances de l'affaire étaient uniques indique qu'il n'était pas vraiment possible de se fonder sur les décisions antérieures du CRTC au sujet de la divulgation.

30 Compte tenu de toutes les circonstances, je suis convaincu qu'AGT n'a pu transmettre les documents qu'elle a remis au CRTC avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. Par conséquent, le premier des critères de Wigmore n'a pas été établi, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les autres critères. La règle du privilège de common law ne s'applique tout simplement pas en l'espèce.

3. Abuse of the Process

31 AGT says that requirements are an abuse of the process for the following reasons:

1. Access to the documents should only be made by way of application to the CRTC to vary its confidentiality orders. The requirements should not be used to circumvent such procedure.

2. The requirements constitute an “end run” around the CRTC’s confidentiality orders. The confidentiality orders have been filed in the Federal Court. This Court should not, in effect, sanction a variation of such confidentiality orders, especially when they have been filed in this Court, in the absence of truly compelling reasons which are not present here.

3. The requirements undermine the supervisory role of the Federal Court of Appeal over actions of the CRTC.

4. The requirements undermine the relationship between regulated entities and the CRTC and the confidence regulated entities must have in the efficacy of CRTC orders pertaining to the confidentiality of information submitted by these entities.

1. Is it necessary for the Minister to apply to the CRTC to vary its confidentiality orders?

32 It may be open to the Minister to apply to the CRTC to vary its confidentiality orders. However, I see nothing in subsection 231.2(1) that suggests that it cannot be invoked by the Minister even in the face of such confidentiality orders. I accept that the statutory power of the Minister may be subject to statutory or common law exceptions. Such statutory exceptions are not confined to the *Income Tax Act*. Thus, if the *Railway Act* or *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, provided for an absolute privilege with respect to specific returns made to the CRTC, a requirements notice might not be effective in respect

3. Recours abusif

31 AGT fait valoir que les demandes de production constituent un recours abusif pour les raisons suivantes:

1. L'accès aux documents ne devrait être obtenu que par suite d'une demande présentée au CRTC en vue de modifier les ordonnances de non-divulgence qu'il a rendues. Les demandes de production ne devraient pas être utilisées de façon à contourner cette procédure.

2. Les demandes de production constituent un moyen détourné de contourner les ordonnances de non-divulgence du CRTC, lesquelles ont été déposées auprès de la Cour fédérale. La Cour ne devrait pas, à toutes fins pratiques, entériner une modification de ces ordonnances, en l'absence de raisons vraiment impératives qui n'existent pas en l'espèce.

3. Les demandes de production atténuent le rôle de surveillance de la Cour d'appel fédérale à l'égard des actions du CRTC.

4. Les demandes de production minent les liens entre les entités réglementées et le CRTC et la confiance que celles-ci doivent avoir relativement à l'efficacité des ordonnances du CRTC concernant le caractère confidentiel des renseignements qu'elles soumettent.

1. Est-il nécessaire que le ministre demande au CRTC de modifier ses ordonnances de non-divulgence?

32 Le ministre pouvait peut-être demander au CRTC de modifier ses ordonnances de non-divulgence. Cependant, aucun élément du paragraphe 231.2(1) n'indique que le ministre ne peut invoquer cette disposition même malgré ces ordonnances. Je reconnais que le pouvoir d'origine législative du ministre peut être assujéti à des exceptions, qu'elles soient énoncées dans des lois ou reconnues en common law. Ces exceptions ne se limitent pas à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ainsi, si la *Loi sur les chemins de fer* ou la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, créaient un privilège absolu en

of such documents. No such statutory exception has been pointed out in this case. Similarly, if common law exceptions applied, such as common law privilege, the requirements notice might not be effective. However, it has already been determined that the common law privilege exception is not applicable in this case.

33 What is left is a discretionary order of the CRTC made as a result of submissions of the parties before it. The Minister was not such a party. It would be quite a leap of logic to conclude that the CRTC's discretionary confidentiality orders override other statutory powers, especially when the person invoking the statutory power was not a party before the CRTC. It is not necessary for the Minister to apply to the CRTC to vary its confidentiality orders.

2. The requirements notice constitutes an end run around the CRTC confidentiality orders.

34 The end-run argument is just a variation of the argument that the Minister must seek a variation of the CRTC confidentiality orders. In this end run argument, the context is that the CRTC orders have been filed in the Federal Court and that sanctioning requirements under subsection 231.2(1) constitutes a variation of the CRTC orders by this Court.

35 AGT relies on *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*¹⁶ for the proposition that a confidentiality order should only be varied for "truly compelling reasons". However, *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.* is not applicable. In that case, the Minister did not proceed under subsection 231.2(1), but simply applied to the Court to vary a confidentiality order of the Court. Here, however, we are not dealing with an application to vary. If the Minister was simply proceeding

faveur des déclarations remises au CRTC, une demande de production ne pourrait peut-être pas être délivrée à l'égard de ces documents. Aucune exception législative de cette nature n'a été soulignée en l'espèce. De la même façon, si une exception reconnue en common law s'appliquait, comme le privilège de common law, la demande de production ne serait peut-être d'aucune utilité. Cependant, il a déjà été décidé que le privilège de common law ne s'applique pas en l'espèce.

Nous sommes donc devant une ordonnance de nature discrétionnaire que le CRTC a rendue par suite des arguments que les parties ont invoqués devant lui. Le ministre n'était pas partie à ces procédures. Il serait illogique de conclure que les ordonnances discrétionnaires du CRTC l'emportent sur d'autres pouvoirs d'origine législative, surtout lorsque la personne qui invoque le pouvoir en question n'était pas partie aux procédures engagées devant le CRTC. Il n'est pas nécessaire que le ministre demande au CRTC de modifier ses ordonnances de non-divuligation.

2. La demande de production constitue un moyen détourné de contourner les ordonnances de non-divuligation du CRTC.

Cet argument est en réalité une simple variation de l'argument selon lequel le ministre doit demander une modification des ordonnances de non-divuligation du CRTC. AGT soutient ici que les ordonnances du CRTC ont été déposées auprès de la Cour fédérale et que l'acceptation par la Cour des demandes de production fondées sur le paragraphe 231.2(1) constitue une modification desdites ordonnances.

AGT invoque l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*¹⁶ pour soutenir qu'une ordonnance de non-divuligation ne devrait être modifiée que pour «une raison vraiment impérative». Cependant, l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.* ne s'applique pas. Dans cette affaire, le ministre ne s'est pas fondé sur le paragraphe 231.2(1), mais a simplement demandé à la Cour de modifier une ordonnance de non-divuligation qu'elle avait rendue. Dans le cas qui

33

34

35

as a private citizen to obtain documents subject to a confidentiality order, he would have to apply to vary the CRTC confidentiality orders as he attempted to do in respect of a sealing order of this Court in *Smith, Kline*. Here, however, the Minister is proceeding under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*. Parliament has conferred on the Minister special power in relation to the administration and enforcement of the *Income Tax Act* and it is that scheme that is at play and not an application to vary a confidentiality order. Indeed, the confidentiality orders are not varied. They remain in place. They are binding on the CRTC and any person who seeks the information from the CRTC. That is not the route the Minister has followed in this case.

nous occupe, nous ne sommes pas saisis d'une demande de modification. Si le ministre procédait comme simple citoyen pour obtenir des documents visés par une ordonnance de non-divulgence, il serait tenu de demander au CRTC de modifier ses ordonnances de non-divulgence, comme il a tenté de le faire relativement à une ordonnance de mise sous scellés que la Cour fédérale avait rendue dans l'arrêt *Smith, Kline*. Cependant, dans la présente affaire, le ministre se fonde sur le paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Parlement a conféré au ministre un pouvoir spécial concernant l'administration et l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et c'est ce régime qui s'applique, et non une demande visant à modifier une ordonnance de non-divulgence. En réalité, les ordonnances en question ne sont pas modifiées. Elles demeurent en vigueur. Elles lient le CRTC et toute personne qui demande les renseignements à l'organisme. Ce n'est pas l'avenue que le ministre a empruntée en l'espèce.

3. Undermining of supervisory role of Federal Court of Appeal.

3. Atténuation du rôle de surveillance de la Cour d'appel fédérale.

36 It is argued that issuance of the requirements notice undermines the supervisory role of the Federal Court of Appeal over the CRTC. Again, the gist of this argument is that the Minister should seek a variation of the CRTC orders from the CRTC. If he is dissatisfied with the result of such application his recourse is to the Federal Court of Appeal.

AGT soutient que la délivrance des demandes de production a pour effet de miner le rôle de surveillance de la Cour d'appel fédérale sur le CRTC. Encore là, AGT fait valoir, en réalité, que le ministre devrait demander au CRTC de modifier ses ordonnances. S'il n'est pas satisfait du résultat de cette demande, il pourra saisir la Cour d'appel fédérale du litige. 36

37 The general scheme of supervision by the Federal Court of Appeal over the CRTC is not in issue. That scheme subsists. However, it may not operate in the face of legislation to the contrary. For example, subsection 12(1) of the *Telecommunications Act* provides for a petition to the Governor in Council for variation or rescission of an order of the CRTC.¹⁷ This is a statutory form of recourse from orders of the CRTC which does not involve the Federal Court of Appeal. By the same reasoning, the *Income Tax Act* gives the Minister the power to obtain information from taxpayers. This power, in effect, is an alternative to the Minister having to seek a variation of a CRTC confidentiality order and, by extension,

Le régime général de surveillance que la Cour d'appel fédérale exerce sur le CRTC n'est pas contesté. Ce régime existe encore. Cependant, il ne peut s'appliquer lorsqu'une disposition législative prévoit le contraire. Ainsi, le paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications* énonce qu'une demande peut être présentée au gouverneur en conseil en vue d'une modification ou d'une annulation d'une ordonnance du CRTC¹⁷. Il s'agit d'un recours législatif à l'égard des ordonnances du CRTC, lequel recours n'exige pas l'intervention de la Cour d'appel fédérale. De la même façon, la *Loi de l'impôt sur le revenu* accorde au ministre le pouvoir d'obtenir des renseignements des contribuables. Ce pouvoir constitue en réalité 37

the necessity of having to appeal a negative ruling to the Federal Court of Appeal. This power does not derogate from the general supervisory role of the Federal Court of Appeal. Each operates within its own sphere. This argument is without merit.

4. Undermining the relationship between the CRTC and regulated entities.

38 If any person without alternative specific statutory authority seeks confidential information from the CRTC, a variation order would seem to be the only way in which that person could obtain access to such documents. The Minister is in a different and preferred position by virtue of the specific power conferred upon him under the *Income Tax Act*. The CRTC's orders are binding on the CRTC. They do not purport to affect the operation of another statute under which the Minister seeks, and is entitled to seek, confidential documents from taxpayers including regulated entities such as AGT. When the Minister sought to obtain confidential information from the CRTC without issuing a requirements notice, the CRTC refused the request. It is clear that regulated entities may continue to have full confidence in the efficacy of CRTC confidentiality orders. That other statutory provisions enable the Minister of National Revenue to obtain access to confidential information has no bearing on that general relationship.

4. Operational Conflict

39 AGT relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*¹⁸ Operational conflict arises when a person is subjected to conflicting orders from different authorities such that compliance with one would necessitate violation of the other. In such case, the person may seek guidance from the Court as to which order to follow.

une solution de rechange à l'obligation pour le ministre de demander une modification d'une ordonnance de non-divulgence du CRTC et, par conséquent, à la nécessité d'en appeler d'une décision négative devant la Cour d'appel fédérale. Ce pouvoir ne modifie nullement le rôle de surveillance général de la Cour d'appel fédérale. Chacun d'eux est exercé à l'intérieur de sa propre sphère. L'argument est donc dénué de tout fondement.

4. Atténuation des liens entre le CRTC et les entités réglementées.

Toute personne désirant obtenir des renseignements confidentiels du CRTC sans pouvoir invoquer un autre pouvoir législatif précis devra probablement demander une ordonnance de modification pour avoir accès aux documents en question. En raison du pouvoir précis dont il est investi en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre se trouve dans une situation différente et privilégiée. Les ordonnances du CRTC lient celui-ci. Elles ne touchent pas l'application d'une autre loi que le ministre invoque, comme il a le droit de le faire, pour demander des renseignements confidentiels aux contribuables, y compris les entités réglementées comme AGT. Lorsque le ministre a tenté d'obtenir des renseignements confidentiels du CRTC sans délivrer de demande de production, le CRTC a refusé de fournir les renseignements. Il est bien certain que l'efficacité des ordonnances de non-divulgence du CRTC n'est nullement en cause dans le cas des entités réglementées. L'existence de certaines dispositions législatives qui permettent au ministre du Revenu national d'avoir accès à des renseignements confidentiels ne touche nullement cette relation générale.

4. Conflit opérationnel

39 AGT invoque à ce sujet la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*¹⁸. Il y a un conflit opérationnel lorsqu'une personne est visée par des ordonnances incompatibles émanant d'autorités différentes de sorte que le respect de l'une d'elles nécessiterait la violation de l'autre. En pareil cas, la personne peut demander des

directives à la Cour pour savoir quelle ordonnance elle doit respecter.

40 In the present case there are no conflicting orders of this nature. The CRTC confidentiality orders are binding on the CRTC in proceedings before that tribunal. They are for the benefit of AGT but they do not bind AGT. They do not purport to prevent AGT from voluntarily disclosing documents or information as it sees fit or from complying with lawful disclosure obligations under the *Income Tax Act*. By contrast, the Minister's requirements notices are binding on AGT. AGT must comply with them. There is no operational conflict.

40 Dans le cas qui nous occupe, il n'existe pas d'ordonnances incompatibles de cette nature. Les ordonnances de non-divulgaration du CRTC lient cet organisme dans les procédures engagées devant lui. Elles sont avantageuses pour AGT, mais elles ne lient pas celle-ci. Elles ne visent pas à empêcher AGT de communiquer volontairement des renseignements ou des documents, lorsqu'elle le juge à propos, ou de se conformer aux obligations découlant de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière de divulgation. En revanche, les demandes de production du ministre lient AGT et celle-ci doit s'y conformer. Il n'existe donc aucun conflit opérationnel.

5. Unreasonable Seizure Contrary to Section 8 of The Charter

5. Saisie abusive allant à l'encontre de l'article 8 de la Charte

41 AGT submits that the requirements in this case constitute an unreasonable seizure and therefore violate section 8 of the Charter.

41 AGT fait valoir que les demandes de production dont il est question en l'espèce constituent une saisie abusive et vont à l'encontre de l'article 8 de la Charte.

42 AGT's Charter attack in this case is not against the constitutional validity of subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*. Indeed, it cannot be, as Wilson J. in *McKinlay* concluded at page 650 that the seizure contemplated by subsection 231(3) of the *Income Tax Act* is reasonable and does not violate section 8 of the Charter. Rather, AGT submits that in the particular circumstances of this case, a seizure under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* is unreasonable, and violates section 8 of the Charter in that respect.

42 AGT ne conteste pas la validité constitutionnelle du paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Effectivement, elle ne peut le faire, car M^{me} le juge Wilson a conclu, dans l'arrêt *McKinlay*, à la page 650, que la saisie envisagée par le paragraphe 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est raisonnable et ne va pas à l'encontre de l'article 8 de la Charte. AGT soutient plutôt que, compte tenu des circonstances de la présente affaire, une saisie fondée sur le paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est abusive et va à l'encontre de l'article 8 de la Charte.

43 AGT says that whether a search and seizure is or is not reasonable requires a balancing of the individual's right to privacy and the government's interest in law enforcement. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, Dickson J. states, at pages 159-160:

43 Selon AGT, pour déterminer si une perquisition et une saisie sont abusives ou non, il faut sopeser le droit de l'individu à la protection de la vie privée et l'intérêt du gouvernement en ce qui a trait à l'application de la loi. Dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, le juge Dickson s'exprime comme suit aux pages 159 et 160:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limita-

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raison-

tion on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

nale. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

44 In favour of the privacy interest of the individual, AGT submits:

Soutenant que le droit de l’individu à la protection de la vie privée doit l’emporter, AGT invoque les arguments suivants: 44

1. The documents were prepared with the assistance of counsel.

1. Les documents ont été préparés avec l’aide d’un conseiller juridique.

2. The documents were not brought into existence voluntarily.

2. Les documents n’ont pas été préparés volontairement.

3. The documents are the subject of confidentiality orders which reflect the view of the CRTC that it is in the public interest that they remain confidential.

3. Les documents font l’objet d’ordonnances de non-divulgaration dans lesquelles le CRTC a indiqué qu’à son avis, les documents devraient demeurer confidentiels dans l’intérêt public.

4. The documents are not required by the *Income Tax Act*.

4. Les documents ne sont pas exigés aux termes de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

5. The documents were brought into existence with the expectation that they would be treated as confidential.

5. Les documents ont été communiqués avec l’assurance qu’ils demeureraient confidentiels.

45 AGT submits that these reasons outweigh the Minister’s interest in law enforcement. AGT says that the Minister has admitted that a large number of documents are irrelevant, the Minister’s audit has been completed, the initial reasons advanced for requiring the documents have been satisfied, and the material before the Court does not specify why the documents are required.

AGT soutient que ces arguments l’emportent sur l’intérêt du ministre lié à l’application de la loi. Selon elle, le ministre a admis qu’une bonne partie des documents ne sont pas pertinents, la vérification du ministre est complète, les raisons initiales invoquées au soutien de la demande de production des documents n’existent plus et la preuve dont la Cour est saisie n’indique pas pourquoi les documents sont demandés. 45

46 I will deal first with AGT’s expectations. As to the involvement of counsel, the short answer is that solicitor-client privilege is not claimed. If there is no solicitor-client privilege in respect of the documents, and indeed there cannot be because the documents

Je commenterai d’abord les attentes d’AGT. En ce qui a trait à la participation du conseiller juridique, je répondrai simplement qu’aucun privilège des communications entre l’avocat et le client n’est demandé. Si ce privilège n’existe pas à l’égard des 46

have been disclosed to a third party, the CRTC, there is no basis for an argument that there is some expectation of privacy because of the involvement of counsel.

47 As to the fact the documents were not brought into existence voluntarily, the recent decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Fitzpatrick*¹⁹ is instructive. In that case, reports which a fisherman was required to keep and submit under the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14] were used in a prosecution of that fisherman under the Act. The Supreme Court held it was not contrary to fundamental justice under section 7 of the Charter for an individual to be convicted of a regulatory offence on the basis of a record or return that he was required to submit as one of the terms of his participation in the regulated sphere.

48 In the case at bar, AGT chose to ask the CRTC to include in its revenue requirements for rate-making purposes an allowance for income tax on a more conservative basis than the income tax liability reflected in AGT's income tax returns. While there may have been some reasons for doing so, AGT was not compelled to do so. When it chose to do so, it was faced with interrogatories that it was then required to answer and which it now says the Minister should not see. I think the words of La Forest J. in *Fitzpatrick*, at page 178 are apposite:

... the individual is furnishing information that is meant to benefit him or her, through proper and fair distribution of scarce fishing resources. Just because this information may later be used in an adversarial proceeding, when the state seeks to enforce the restrictions necessary to accomplish its regulatory objectives, does not mean that the state is guilty of coercing the individual to incriminate himself. The state required certain information to be provided, and the individual voluntarily assumed the obligation to do so in deciding to become a fisher in the first place. It ill lies in the mouth of someone who knowingly assumes an obligation for a beneficial purpose to argue later that this obligation has the effect of denying him his rights. [Em-

documents et, effectivement, il ne peut exister, parce que les documents en question ont été divulgués à un tiers, soit le CRTC, aucun argument ne permet de conclure à l'existence d'une attente en matière de vie privée en raison de la participation du conseiller juridique.

En ce qui a trait au fait que les documents n'ont pas été préparés volontairement, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Fitzpatrick*¹⁹ est éclairante. Dans cette affaire, les rapports qu'un pêcheur devait garder et soumettre en application de la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), ch. F-14] ont été utilisés dans des poursuites intentées contre lui sous le régime de la Loi. La Cour suprême a statué que le fait de reconnaître un individu coupable d'une infraction réglementaire sur la foi d'un document ou d'une déclaration qu'il devait soumettre pour avoir le droit de participer au programme réglementé n'allait pas à l'encontre des principes de justice fondamentale aux termes de l'article 7 de la Charte.

Dans le cas qui nous occupe, AGT a choisi de demander au CRTC d'inclure dans ses besoins en revenus, aux fins de la tarification, une allocation au titre des impôts d'après une approche plus prudente que celle qui était présentée dans les déclarations de revenus de l'entreprise. Même si elle avait peut-être de bonnes raisons d'agir ainsi, AGT n'était pas tenue de le faire. Lorsqu'elle a choisi d'agir de cette façon, elle a dû répondre à des demandes de renseignements et soutient maintenant que le ministre ne devrait pas avoir accès aux réponses qu'elle a données. À mon avis, les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Fitzpatrick*, à la page 178 sont pertinents:

... la personne fournit des renseignements qui doivent lui profiter grâce à la répartition juste et équitable de ressources halieutiques peu abondantes. Le simple fait que ces renseignements puissent par la suite être utilisés dans des procédures contradictoires, où l'État cherche à faire respecter les restrictions nécessaires à la réalisation des objectifs de sa réglementation, ne signifie pas que l'État est coupable de contraindre cette personne à s'incriminer. L'État exigeait que certains renseignements lui soient fournis, et le particulier a assumé de son plein gré l'obligation de les fournir lorsqu'il a décidé, au départ, de devenir pêcheur. La personne qui assume en toute connaissance de cause une obligation à des fins salutaires serait

phasis added.]

49 It was open to AGT to claim an allowance for income tax on the basis of the returns it filed with the Minister. When it chose to claim an allowance for income tax on a more conservative basis, it voluntarily assumed the obligation to bring into existence documents which it now wishes to withhold from the Minister. The fact that the CRTC served interrogatories on AGT requiring the documents in question is of no consequence. It was AGT that voluntarily initiated the process. As La Forest J. pointed out in *Fitzpatrick*, it ill lies in the mouth of one who knowingly assumes an obligation for a beneficial purpose to argue later that the obligation has the effect of denying him his rights.

50 As to AGT's argument that the documents are subject to confidentiality orders which are based on a public interest finding in favour of confidentiality, this is not a relevant consideration in this case. The Minister was not a party to the proceedings that led to such orders. The context in which they were made was with respect to participants in proceedings before the CRTC. The public interest implication of such orders cannot be taken further than that. Moreover, subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act* under which the Minister is proceeding is also in the public interest.

51 Whether the documents are or are not required to be maintained pursuant to the provisions of the *Income Tax Act* is not a consideration. Wilson J., at page 642 of *McKinlay*, states:

First, s. 231(3), even construed narrowly in accordance with prior authority, envisages the compelled production of a wide array of documents and not simply those which the state requires the taxpayer to prepare and maintain under the legislation.

malvenue de faire valoir par la suite que cette obligation a pour effet de nier ses droits. [Non souligné dans l'original.]

49 AGT pouvait demander une allocation au titre des impôts sur le revenu en se fondant sur les déclarations qu'elle a déposées auprès du ministre. Lorsqu'elle a décidé de demander une allocation en se fondant sur une perspective plus prudente, elle a assumé volontairement l'obligation de préparer des documents qu'elle ne veut pas communiquer maintenant au ministre. Le fait que le CRTC a signifié à AGT des demandes de renseignements en vue d'obtenir les documents en question n'a aucune importance. C'est AGT qui a entrepris elle-même la démarche. Comme le juge La Forest l'a souligné dans l'arrêt *Fitzpatrick*, la personne qui assume en toute connaissance de cause une obligation à des fins salutaires serait malvenue de faire valoir par la suite que cette obligation a pour effet de nier ses droits.

50 En ce qui a trait à l'argument d'AGT selon lequel les documents sont visés par des ordonnances de non-divulgence qui sont fondées sur l'existence reconnue d'un intérêt public en faveur de la confidentialité, ce facteur n'est pas pertinent en l'espèce. Le ministre n'était pas partie aux procédures qui ont donné lieu à ces ordonnances. Celles-ci ont été rendues dans un litige qui concernait les participants aux procédures engagées devant le CRTC. La conclusion qui découle indirectement de ces ordonnances quant à l'intérêt public ne saurait avoir une portée plus étendue. De plus, le paragraphe 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que le ministre invoque est également une disposition d'intérêt public.

51 Il n'y a pas lieu de se demander si les documents doivent ou non être tenus aux termes des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Voici comment M^{me} le juge Wilson s'exprime dans l'arrêt *McKinlay*, à la page 642 à ce sujet:

Premièrement, le par. 231(3), même interprété de façon stricte conformément à la jurisprudence antérieure, envisage la production forcée d'un large éventail de documents et non simplement de ceux que le contribuable est tenu, en vertu de la Loi, de tenir et de conserver.

- 52 This argument does not avail to the benefit of AGT in this case. L'argument ne peut s'appliquer en faveur d'AGT en l'espèce. 52
- 53 I have already dealt with AGT's argument that the documents in question were brought into existence in the expectation that they would be kept confidential. On the evidence, the documents were brought into existence in the expectation the CRTC would rule on whether they would be kept confidential. Some documents were ordered to be placed on the public record. The evidence does not support AGT's argument. J'ai déjà commenté l'argument d'AGT selon lequel les documents en question ont été communiqués avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. D'après la preuve, les documents ont été préparés avec l'assurance que le CRTC déterminerait s'ils doivent ou non être traités confidentiellement. Le CRTC a ordonné que certains documents soient rendus publics. La preuve ne justifie pas l'argument d'AGT. 53
- 54 As to AGT's argument that the Minister does not have a compelling case for disclosure of the documents because he has admitted that many of them are irrelevant, *McKinlay, supra*, stands for the proposition that relevance is not a prerequisite for a requirements notice under subsection 231.2(1). (See *McKinlay*, at page 650.) Quant à l'argument d'AGT selon lequel le ministre n'a pas de raison impérative d'exiger la divulgation des documents, parce qu'il a admis que bon nombre d'entre eux ne sont pas pertinents, l'arrêt *McKinlay*, précité, permet de dire que la pertinence n'est pas obligatoire pour qu'une demande de production puisse être délivrée aux termes du paragraphe 231.2(1). (Voir l'arrêt *McKinlay*, à la page 650.) 54
- 55 Contrary to AGT's submission, the Minister's audit was not unconditionally completed. In her June 14, 1995 letter to AGT, Marlene White, manager of the Minister's audit team for AGT states: Contrairement à ce qu'AGT soutient, la vérification du ministre n'était pas complète. Dans la lettre en date du 14 juin 1995 qu'elle a fait parvenir à AGT, Marlene White, gestionnaire de l'équipe de vérification du ministre au sujet d'AGT, s'exprime comme suit: 55
- We have now completed our audit of the above noted years and wish to formalize our position papers into a proposal letter. In some instances where additional questions were asked and a reply was not given to date, we have made the necessary assumptions to put our proposals forward [TRADUCTION] Nous avons terminé notre vérification au sujet des années susmentionnées et désirons présenter officiellement notre position dans une lettre de proposition. Dans certains cas, lorsque des questions supplémentaires ont été posées et qu'aucune réponse n'a encore été donnée, nous avons formulé les présomptions nécessaires pour présenter nos propositions
- It is apparent that the audit was based on the information in the possession of the Minister at the time. The letter expressly refers to information not yet provided. Utilizing assumptions in respect of information not yet provided, the audit was completed. But it is quite clear that the Minister was still seeking information which AGT was refusing to disclose. The audit was therefore not unconditionally completed as it is obvious that the Minister was still seeking the answers to certain questions. Il est évident que la vérification était fondée sur les renseignements que le ministre possédait à l'époque. La lettre renvoie expressément aux renseignements qui n'avaient pas encore été fournis. La vérification a été terminée à l'aide des présomptions formulées au sujet des renseignements qui n'avaient pas encore été fournis. Cependant, il est bien certain que le ministre cherchait encore à obtenir des renseignements qu'AGT refusait de divulguer. La vérification n'était donc pas complète et il est évident que le ministre tentait encore d'obtenir les réponses à certaines questions.

56 As to whether the specific reasons initially given for requiring the documents must subsist to support the requirements notice, I conclude that they need not. The requirements must only be related to the administration and enforcement of the *Income Tax Act*. An audit is surely encompassed in these terms and supports the requirements notice.

57 Finally, the Minister need not specify why the documents are required with any greater degree of particularity than is apparent in the evidence in this case. It is clear the Minister was conducting an audit of AGT and that the documents he was seeking were business records pertaining to AGT's income tax liability. That is sufficient.

58 I am satisfied in the circumstances of this case, the requirements under subsection 231.2(1) do not constitute an unreasonable seizure.

COMMUNICATIONS BETWEEN THE MINISTER'S OFFICIALS AND THE CRTC

59 Earlier, I said I would return to the attempt by the Minister's officials to obtain AGT's confidential information from the CRTC. According to the evidence, three representatives of the Minister visited the CRTC. Counsel for the Minister says this was an innocent visit simply to ascertain whether the CRTC would disclose the subject documents. I have some difficulty with this characterization of what occurred. The visit was occasioned as a result of a May 8, 1995 memo from the Acting Director/Audit, at the Edmonton Tax Service Office, to the Interim Assistant Deputy Minister, Verification, Enforcement and Compliance Research Branch. The memo raises the concern that if requirements are issued, they could be subject to an adverse court decision:

56 En ce qui a trait à la question de savoir si les raisons invoquées à l'origine pour exiger les documents doivent encore exister à l'appui de la demande de production, je réponds par la négative. Les demandes de production doivent être liées uniquement à l'administration et à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une vérification est certainement visée par ces dispositions et justifie la demande de production.

57 Enfin, le ministre n'est pas tenu d'indiquer pourquoi les documents sont exigés en donnant plus de précisions que ce qui ressort déjà de la preuve présentée en l'espèce. Il est évident que le ministre procédait à une vérification au sujet d'AGT et que les documents qu'il cherchait à obtenir étaient des documents commerciaux liés à la dette fiscale d'AGT. Cette raison suffit.

58 Je suis convaincu que, compte tenu des circonstances, les demandes de production fondées sur le paragraphe 231.2(1) ne constituent pas une saisie abusive.

COMMUNICATIONS ENTRE LES FONCTION- NAIRES DU MINISTRE ET LE CRTC

59 J'ai mentionné plus tôt que je reviendrais sur les efforts que les fonctionnaires du ministre ont déployés pour obtenir du CRTC des renseignements confidentiels d'AGT. D'après la preuve, trois représentants du ministre se sont rendus à l'établissement du CRTC. L'avocate du ministre soutient qu'il s'agissait d'une visite innocente visant simplement à déterminer si le CRTC communiquerait les documents en question. Il m'est difficile de croire que tel était le cas. La visite a eu lieu par suite d'une note en date du 8 mai 1995 que le directeur intérimaire de la vérification du bureau des services fiscaux d'Edmonton a fait parvenir au sous-ministre adjoint de la Direction générale de la vérification, de l'exécution et des recherches sur l'observation. Dans la note, le directeur intérimaire mentionne que, si des demandes de production sont délivrées, elles pourraient faire l'objet d'une décision judiciaire défavorable:

We are considering the issuance of requirements on AGT for this information, but are concerned over any "down side" that may result from an adverse court decision. Numerous companies are regulated by the CRTC as well as any number of other regulators in the country. Should we lose, a significant flow of information on other files may be closed off.

60 As an alternative, the memo states:

There may be diplomatic ways to have the CRTC provide the information to Revenue Canada but this avenue has not been explored locally, as protocol would deem this to be a ministerial matter. [Emphasis added.]

As a result of the memo, three representatives of the Minister visited the CRTC on June 22, 1995. At that meeting, the CRTC refused to provide information to the Minister's officials and it was therefore decided to issue the requirements.

61 What occurred raises a number of questions. What was meant by "diplomatic channels" referred to in the memo to the Interim Assistant Deputy Minister? Why would protocol deem this to be a ministerial matter? Why would an "innocent" visit require three representatives of the Minister? There was some indication that two of the three representatives were senior personnel. One was the Director, Large Business Audit Division. Most significantly, why would the Minister's officials not have told AGT that representatives would be requesting confidential information directly from the CRTC?

62 One explanation for the procedure followed by the Minister's officials is, as counsel for the Minister submits, that it was entirely innocent. The other is that in order to avoid the risk of a court challenge that might be occasioned by serving a notice of requirements under subsection 231.2(1), it constituted a "back door" attempt by the Minister's officials to obtain documents from another Government agency to which the Minister, in the absence of a

[TRADUCTION] Nous songeons à délivrer des demandes de production à AGT, mais nous craignons les conséquences néfastes pouvant découler d'une décision judiciaire défavorable. Bon nombre d'entreprises sont réglementées par le CRTC ainsi que par d'autres organismes de réglementation du pays. Si nous perdons, nous risquons de perdre l'accès à un volume important de renseignements concernant d'autres dossiers.

Comme solution de rechange, le directeur propose 60 ce qui suit dans la note:

[TRADUCTION] Il existe peut-être des moyens diplomatiques d'inciter le CRTC à fournir les renseignements à Revenu Canada, mais cette avenue n'a pas été explorée à l'échelle locale, étant donné qu'il s'agit d'une question qui serait considérée, d'après le protocole, comme une question relevant du ministre. [Non souligne dans l'original.]

Par suite de cette note, trois représentants du ministre se sont rendus à l'établissement du CRTC le 22 juin 1995. Au cours de cette rencontre, le CRTC a refusé de fournir les renseignements aux fonctionnaires du ministre, qui a donc décidé de délivrer les demandes de production.

Les événements survenus soulèvent un certain 61 nombre de questions. Que signifient les mots «moyens diplomatiques» de la note envoyée au sous-ministre adjoint? Pourquoi la question serait-elle considérée comme une question relevant du ministre d'après le protocole? Pourquoi une visite «innocente» nécessite-t-elle trois représentants du ministre? Il semble que deux des trois représentants étaient des membres supérieurs du personnel. L'un d'eux était le directeur de la Division de la vérification des grandes entreprises. Surtout, pourquoi les fonctionnaires du ministre n'ont-ils pas dit à AGT que des représentants demanderaient des renseignements confidentiels directement au CRTC?

Une des explications serait le fait que, comme l'a 62 dit l'avocate du ministre, la démarche suivie par les fonctionnaires du ministre était entièrement innocente. L'autre serait le fait que, compte tenu des contestations judiciaires que la signification d'une demande de production aux termes du paragraphe 231.2(1) risquait d'entraîner, les fonctionnaires du ministre ont tenté indirectement d'obtenir d'un autre organisme fédéral des documents auxquels le ministre

requirements notice, was not entitled. Regrettably, I must conclude that the evidence is consistent with the latter explanation.

63 Parliament has conferred on the Minister, in subsection 231.2(1), extensive powers of search and seizure on taxpayers. Subsection 231.2(1) has been found to be constitutionally valid. In the absence of consent by the taxpayer, the Minister's officials must proceed under the statutory power conferred on the Minister and in no other way.

64 The May 8, 1995 memo states:

Audit is of the opinion that supplying complete information to the audit team is in the "public interest" and any increased reassessment can hardly be held by AGT not to be in the overall public interest.

Indeed, compliance with the *Income Tax Act* is in the public interest. But that objective does not justify attempts to obtain information to that end from other Government departments by extra-legal means in order to avoid a court challenge to the lawful procedures provided by the *Income Tax Act*. If the courts, through a proper interpretation of the legislation and/or the facts, limit the Minister's power under subsection 231.2(1), the Minister must accept that verdict, just as the taxpayer must accept a wider interpretation of the Minister's authority under subsection 231.2(1).

65 It must be remembered that Parliament, because of its concern that some taxpayers will not voluntarily conform to the requirements of the *Income Tax Act*, has conferred wide powers of search and seizure on the Minister. The Minister's actions, therefore, must be beyond reproach. The public must have confidence that in their dealings with the Minister, the Minister is not acting outside the scope of the powers conferred upon him by Parliament.

66 Having said this, the Minister's officials' actions do not affect the Minister's authority under subsec-

n'avait pas accès, en l'absence d'une demande de production. Malheureusement, je dois conclure que la preuve est compatible avec cette dernière explication.

Le Parlement a conféré au ministre, au paragraphe 231.2(1), des pouvoirs étendus de saisie et de perquisition à l'égard des contribuables. Cette disposition a été déclarée constitutionnelle. Faute d'obtenir le consentement du contribuable, les fonctionnaires du ministre doivent se fonder sur le pouvoir d'origine législative conféré au ministre et ne peuvent procéder autrement.

Voici un extrait de la note du 8 mai 1995:

[TRADUCTION] L'équipe de la vérification estime que la communication de renseignements complets est dans l'intérêt public et AGT peut difficilement soutenir qu'une nouvelle cotisation irait à l'encontre de l'intérêt public général.

Effectivement, l'observation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est dans l'intérêt public. Cependant, cet objectif ne justifie pas les démarches visant à obtenir des renseignements d'un autre organisme fédéral par des moyens extrajudiciaires afin d'éviter la contestation devant les tribunaux des procédures légales prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si les tribunaux, en interprétant en bonne et due forme les dispositions législatives et les faits, restreignent le pouvoir dont le ministre est investi en vertu du paragraphe 231.2(1), celui-ci devra accepter le verdict, tout comme le contribuable doit accepter une interprétation plus large du pouvoir du ministre.

Il faut se rappeler que le Parlement, craignant que certains contribuables ne se conforment pas volontairement aux exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a conféré au ministre de larges pouvoirs de saisie et de perquisition. Par conséquent, les actions du ministre doivent être irréprochables. Le public doit être convaincu que, dans ses agissements, le ministre n'outrepasse pas les pouvoirs que le Parlement lui a conférés.

Cela dit, la démarche suivie par les fonctionnaires du ministre ne touche pas le pouvoir dont celui-ci

tion 231.2(1) once he invokes that authority. Therefore, while the actions of the Minister's officials in contacting the CRTC are regrettable, those actions do not provide a basis for relief to AGT with respect to the requirements that were ultimately issued.

CONCLUSION

67 Although counsel for the respondent was not mentioned in these reasons except where her submissions were not accepted with respect to the Minister's officials' visit to the CRTC, her argument was of significant assistance to the Court.

68 This application for judicial review is dismissed. In order to preserve the efficacious result of a successful appeal, the Minister should not enforce the notice of requirements until after the time for appeal has expired or if notice of appeal is filed, until the appeal is determined, provided AGT acts expeditiously on the appeal.

¹ S. 231.2(1) of the *Income Tax Act* provides:

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

² The notice of motion refers only to requirements for production of information and documents dated July 20, 1995 [*sic*] and served upon Mr. Meghji. However, it is obvious from the affidavit of Bohdan Romaniuk, Vice-President Regulatory Affairs of AGT, filed in support of the application, that the validity of all three requirements is challenged.

³ Taken from Telecom Decision CRTC 93-9 dated July 23, 1993 [*AGT — Issues Related to Income Taxes*].

⁴ S.A. 1990, c. A-23.5.

⁵ These are set out in detail later.

est investi en vertu du paragraphe 231.2(1), une fois qu'il invoque cette disposition. Par conséquent, même si les mesures que les fonctionnaires du ministre ont prises lorsqu'ils ont joint le CRTC sont regrettables, elles ne permettent pas d'accorder la réparation qu'AGT demande au sujet des demandes de production qui ont finalement été délivrées.

CONCLUSION

Même si l'avocate de l'intimé n'a pas été mentionnée dans les présents motifs, sauf lorsque ses arguments n'ont pas été retenus au sujet de la visite que les fonctionnaires du ministre ont rendue au CRTC, les arguments qu'elle a invoqués ont été très utiles pour la Cour. 67

La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée. Afin de préserver l'efficacité d'un appel qui serait accueilli, le ministre ne devrait pas appliquer les demandes de production avant l'expiration du délai d'appel ou, si un avis d'appel est déposé, avant que l'appel soit tranché, pourvu qu'AGT procède rapidement à cette fin. 68

¹ Voici le libellé de l'art. 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis:

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

² L'avis de requête renvoie uniquement à une demande de production de renseignements et de documents en date du 20 juillet 1995 [*sic*] qui a été signifiée à M^c Meghji. Cependant, il appert manifestement de l'affidavit de Bohdan Romaniuk, vice-président de la réglementation d'AGT, qui a été déposé au soutien de la demande, que la validité des trois demandes est contestée.

³ D'après la Décision Telecom CRTC 93-9 en date du 23 juillet 1993 [*AGT — Questions relatives aux impôts sur les bénéfices de la société*].

⁴ S.A. 1990, ch. A-23.5.

⁵ Ces Règles sont reproduites plus loin.

⁶ S. 8 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] provides:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

⁷ [1984] 1 S.C.R. 614.

⁸ [1962] S.C.R. 729.

⁹ *Income Tax Act*, *supra*, note 1.

¹⁰ [1990] 1 S.C.R. 627.

¹¹ [1984] 2 S.C.R. 145.

¹² [1991] 3 S.C.R. 263.

¹³ SOR/79-554 [s. 19(11) (as am. by SOR/86-832, s. 3)].

¹⁴ The vast majority of the confidential information in this case was subject to confidentiality orders made before October 25, 1993. With the coming into force of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, on October 25, 1993, ss. 350 and 358 of the *Railway Act* no longer apply to proceedings before the CRTC. In their place, ss. 37 to 39 of the *Telecommunications Act* now set forth the CRTC's power to require information from telecommunications common carriers and deal with the subject of disclosure of confidential information. The affidavit of Bohdan Romaniuk indicates that the interrogatory responses filed with the CRTC after October 25, 1993, pursuant to various public notices, were filed in confidence because the interrogatory responses were based on or used information previously filed in confidence with the CRTC, i.e., when ss. 350 and 358 of the *Railway Act* were applicable. It is therefore not necessary to decide whether ss. 37 to 39 protect answers to interrogatories from the Minister's requirements as the basic information was filed when ss. 350 and 358 of the *Railway Act* applied.

¹⁵ Decision of December 1, 1992.

¹⁶ [1989] 3 F.C. 540 (T.D.).

¹⁷ S. 12(1) provides:

12. (1) Within one year after a decision by the Commission, the Governor in Council may, on petition in writing presented to the Governor in Council within ninety days after the decision, or on the Governor in Council's own motion, by order, vary or rescind the decision or refer it back to the Commission for reconsideration of all or a portion of it.

¹⁸ [1995] 2 S.C.R. 739.

¹⁹ [1995] 4 S.C.R. 154.

⁶ L'art. 8 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], prévoit ce qui suit:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

⁷ [1984] 1 R.C.S. 614.

⁸ [1962] R.C.S. 729.

⁹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, *supra*, note 1.

¹⁰ [1990] 1 R.C.S. 627.

¹¹ [1984] 2 R.C.S. 145.

¹² [1991] 3 R.C.S. 263.

¹³ DORS/79-554 [art. 19(11) (mod. par DORS/86-832, art. 3)].

¹⁴ La majeure partie des renseignements confidentiels en l'espèce étaient visés par des ordonnances de non-divulgence rendues avant le 25 octobre 1993. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, le 25 octobre 1993, les art. 350 et 358 de la *Loi sur les chemins de fer* ne s'appliquent plus aux procédures engagées devant le CRTC. Ce sont plutôt les art. 37 à 39 de la *Loi sur les télécommunications* qui énoncent maintenant le pouvoir du CRTC d'exiger des renseignements des entreprises de télécommunications et de régler la question de la communication de renseignements confidentiels. Il appert de l'affidavit de Bohdan Romaniuk que les réponses déposées auprès du CRTC après le 25 octobre 1993 conformément à différents avis publics ont été déposées à titre confidentiel parce qu'elles étaient fondées sur des renseignements précédemment déposés confidentiellement auprès du CRTC, c'est-à-dire à l'époque où les art. 350 et 358 de la *Loi sur les chemins de fer* s'appliquaient. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les réponses aux demandes de renseignements sont protégées des demandes de production du ministre par les art. 37 à 39, étant donné que les principaux renseignements ont été déposés à l'époque où les art. 350 et 358 de la *Loi sur les chemins de fer* s'appliquaient.

¹⁵ Décision du 1^{er} décembre 1992.

¹⁶ [1989] 3 C.F. 540 (1^{re} inst.).

¹⁷ Voici le libellé de l'art. 12(1):

12. (1) Dans l'année qui suit la prise d'une décision par le Conseil, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite présentée dans les quatre-vingt-dix jours de cette prise, modifier ou annuler la décision ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience.

¹⁸ [1995] 2 R.C.S. 739.

¹⁹ [1995] 4 R.C.S. 154.

96-T-13

Atlantic Oil Workers Union (Applicant)

v.

Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy and Ultramar Canada Inc. (Respondents)**INDEXED AS: ATLANTIC OIL WORKERS UNION v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH, BUREAU OF COMPETITION POLICY) (T.D.)**

Trial Division, MacKay J.—Halifax, February 13; Ottawa, June 7, 1996.

Practice — Variation of time — Motion for extension of time to file application for judicial review of Investigation and Research Director's decision Ultramar had complied with undertakings could close down Dartmouth, Nova Scotia oil refinery — Application filed out of time, Union's solicitor misunderstanding calculation of 30-day time limit during Christmas holidays — No reasonable chance of success in arguable case — Applicable test upon review of discretionary administrative decision: whether decision patently unreasonable.

Administrative law — Judicial review — Motion for extension of time to file application for judicial review of Investigation and Research Director's decision Ultramar had complied with undertakings, could close oil refinery — Applicable test upon review of discretionary administrative decision: whether decision patently unreasonable.

The respondent, Ultramar Canada Inc., acquired the Dartmouth, Nova Scotia refinery from Imperial Oil Limited following a consent order of the Competition Tribunal in February 1990. The order authorized the Director to approve acquisition of the refinery and other assets, subject to general terms set out in the Tribunal's order. Ultramar's acquisition of the refinery was subsequently approved upon certain undertakings which it gave in September 1990 to the Director, one of which being that it would operate the refinery for a minimum of seven years barring a material adverse change. In October 1993, Ultramar also undertook that if it were to notify the Director of its intention to cease operating the refinery before the end of the seven-year term, it would offer the refinery for sale without unreasonable restriction on the price and would provide the Director with evidence estab-

96-T-13

Atlantic Oil Workers Union (requérant)

c.

Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence et Ultramar Canada Inc. (intimés)**RÉPERTORIÉ: ATLANTIC OIL WORKERS UNION c. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES, BUREAU DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE) (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 13 février; Ottawa, 7 juin 1996.

Pratique — Modification des délais — Requête en prorogation du délai prévu pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du directeur des enquêtes et recherches selon laquelle Ultramar avait rempli ses engagements et pouvait fermer la raffinerie de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) — La demande avait été présentée tardivement parce que l'avocat du syndicat avait mal compris le calcul du délai pendant les vacances de Noël — Il n'existe pas de chance raisonnable d'obtenir gain de cause dans une affaire défendable — Le critère applicable au contrôle d'une décision administrative discrétionnaire est celui de la décision manifestement déraisonnable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Requête en prorogation du délai prévu pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du directeur des enquêtes et recherches selon laquelle Ultramar avait rempli ses engagements et pouvait fermer la raffinerie — Le critère applicable au contrôle d'une décision administrative discrétionnaire est celui de la décision manifestement déraisonnable.

L'intimée, Ultramar Canada Inc., a acquis la raffinerie de Dartmouth (Nouvelle-Écosse) de la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée par suite d'une ordonnance par consentement rendue par le Tribunal de la concurrence au mois de février 1990. L'ordonnance autorisait le directeur à approuver l'acquisition de la raffinerie et d'autres éléments d'actif, sous réserve des conditions générales énoncées dans l'ordonnance. L'acquisition de la raffinerie par Ultramar a par la suite été approuvée après que celle-ci eut pris envers le directeur intimé, en septembre 1990, certains engagements écrits, notamment celui d'exploiter la raffinerie pendant au moins sept ans, sauf en cas de changement défavorable important. Au mois d'octobre 1993, Ultramar s'est également engagée, dans le cas où elle informerait le directeur de son intention de cesser d'exploiter la raffinerie avant l'expiration de la période de

lishing whether there was any reasonable legitimate continuing interest on the part of a viable party to maintain the refinery as an operating business in Canada. That undertaking provided that Ultramar would be in compliance if it established to the Director's satisfaction that it had publicly marketed the refinery, without unreasonable restriction on the price and that there was no legitimate expression of interest to purchase and continue operation of the refinery. In May 1994, Ultramar gave notice that it intended to cease operations at the refinery. In September 1994, the Attorney General of Nova Scotia filed an application in this Court seeking an order to prohibit the Director from determining whether there had been a material adverse change. And when Ultramar closed the refinery in October 1994, the Province filed a second application for judicial review in this Court for an order to require the Director to compel Ultramar to continue the refinery operations. Both applications were dismissed in August 1995. In October 1995, the Director determined that there had been a material adverse change and, in December 1995, the Director issued a decision finding that Ultramar had complied with the October 1993 undertakings in that it had sought to publicly market its oil refinery at Dartmouth without unreasonable restriction on the price and there was no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation.

The Union sought to bring an application for judicial review of the Director's decision, but the application was filed late due to a misunderstanding of how the thirty-day time limit for filing would be applied in light of the Christmas holidays. This was an application for an order pursuant to subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* for an extension of time to file the application.

Held, the application should be dismissed.

The applicant did not meet the conditions for being granted an extension of the time limit to file an application.

In this case, it was conceded that the applicant intended to bring the application in a timely fashion and had not abandoned that intent. However, the applicant has failed to establish that it had a reasonable chance of success in an arguable case.

The argument that the Director had breached his duty of fairness (failure to produce all of the evidence to the Union in advance of his decision) was briefly commented upon. There was no evidence that the Union ever requested an opportunity to review all of the material

sept ans, à offrir en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix et à fournir au directeur des données permettant de déterminer s'il existait un intérêt raisonnable, légitime et soutenu de la part d'une partie viable en ce qui a trait au maintien de la raffinerie comme entreprise en pleine exploitation au Canada. Les engagements d'octobre 1993 prévoyaient qu'Ultramar respecterait ses engagements si elle établissait de façon jugée satisfaisante par le directeur qu'elle a publiquement offert en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix et qu'il n'existait aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation. En mai 1994, Ultramar a avisé le directeur qu'elle avait l'intention de fermer la raffinerie. En septembre 1994, le procureur général de la Nouvelle-Écosse a demandé à la Cour de prononcer une ordonnance interdisant au directeur de rendre une décision sur la question du changement défavorable important. Lorsque Ultramar a fermé la raffinerie en octobre 1994, la province a déposé une deuxième demande de contrôle judiciaire devant la Cour afin d'obtenir une ordonnance enjoignant au directeur de forcer Ultramar à continuer d'exploiter la raffinerie. Les deux demandes ont été rejetées au mois d'août 1995. En octobre 1995, le directeur a conclu qu'il y avait eu un changement défavorable important et, au mois de décembre 1995, il a rendu une décision dans laquelle il concluait qu'Ultramar avait respecté les engagements pris en octobre 1993, car elle avait publiquement offert en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix et qu'il n'existait aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation.

Le syndicat avait l'intention de demander le contrôle judiciaire de la décision du directeur, mais il l'a fait tardivement en raison d'une méprise sur la façon de calculer le délai pendant les vacances de Noël. Il s'agit d'une requête en prorogation du délai prévu pour la présentation de cette demande, fondée sur le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Jugement: la requête doit être rejetée.

Le requérant ne satisfait pas aux conditions applicables à l'octroi de la prorogation du délai prévu pour le dépôt d'une demande.

En l'espèce, il a été reconnu que le requérant avait l'intention de présenter la demande en temps voulu et qu'il n'avait pas abandonné cette intention. Toutefois, il n'a pas démontré qu'il avait une cause soutenable et une chance raisonnable d'avoir gain de cause.

L'argument selon lequel le directeur avait manqué à son obligation d'agir équitablement (le défaut du directeur de fournir au syndicat l'ensemble de la preuve avant de rendre sa décision) a fait l'objet de brefs commentaires. Rien dans la preuve n'indique que le syndicat ait jamais

before the Director. Moreover, it has not been established that the applicant had the right to review all such information. Even if that ground were properly before the Court, it would not raise a reasonable chance of success.

This Court would be reluctant to intervene unless persuaded that the decisions were patently unreasonable in the sense that they were not based on any evidence or relevant legal principle. Particularly is this so where the decisions cannot be said to be in relation to the Director's jurisdiction, but rather they concern matters clearly falling within his or her discretion to determine, under his or her statutory authority and the terms of the arrangements the Director had earlier approved for Ultramar's acquisition of the refinery, including its written undertakings.

In essence, the argument was that since the Competition Tribunal's consent order in February 1990 described the refinery as including the refinery and related dock and terminal facilities with storage capacity, the Director erred in finding compliance with its 1993 undertakings to publicly market the refinery when it failed to include the dock and terminal and related storage capacity in the package which it offered for sale as the refinery. This was not borne out by an examination of the decision. There were already two decisions, one by the Competition Tribunal and one by this Court, which have found that undertakings by Ultramar to the Director were not a part of the consent order of 1990, and the terms of the consent order were not the source of the Director's authority in relation to the undertakings given by Ultramar. Industry practice, therefore, was not irrelevant. Furthermore, the undertakings may be questioned or enforced only by one of the two parties to them, the Director and Ultramar. Where they are agreed on their interpretation, a different interpretation offered by others cannot be given credence by the Court. Therefore, the applicant could not establish that the decision of the Director, in assessing the asset package offered for sale, was patently unreasonable and the applicant had no reasonable chance of success in arguing this ground for judicial review.

The Union further urged that the Director erred when he found Ultramar had complied with its undertaking to publicly market the refinery without any unreasonable restriction on the price. The argument was that by failing to indicate the price for which it was willing to sell the refinery, Ultramar unreasonably restricted the price by refusing to disclose it completely. Failure to set an asking

demandé à examiner l'ensemble de la preuve soumise au directeur. De plus, l'existence de ce droit n'a pas été établie en l'espèce. Même si ce motif avait été régulièrement soumis, il ne donnerait aucune chance raisonnable de succès.

La Cour hésiterait à intervenir à moins d'être convaincue que les décisions sont manifestement déraisonnables, c'est-à-dire qu'elles ne s'appuient sur aucun élément de preuve ou principe juridique pertinent. C'est particulièrement vrai lorsqu'on ne peut pas dire que les décisions sont en corrélation avec la compétence du directeur, mais concernent plutôt des questions qui relèvent manifestement du pouvoir décisionnel discrétionnaire qu'il exerce en vertu de la loi habilitante et des conditions des ententes auxquelles il a donné son aval en vue de l'acquisition de la raffinerie par Ultramar, y compris les engagements pris par écrit par cette dernière.

Essentiellement, le requérant prétend que puisque l'ordonnance par consentement de février 1990 du Tribunal de la concurrence définit la raffinerie comme les installations de raffinage et les installations terminales et de mouillage connexes incluant une capacité de stockage, le directeur a eu tort de conclure qu'Ultramar s'est conformée aux engagements qu'elle a pris en 1993 d'offrir publiquement en vente la raffinerie, étant donné qu'elle n'a pas inclus les installations terminales et de mouillage et la capacité de stockage connexe dans l'ensemble qu'elle a offert en vente comme étant la raffinerie. L'examen de la décision n'étaye pas un tel argument. Il existait déjà deux décisions, l'une rendue par le Tribunal de la concurrence et l'autre par la Cour, qui avaient conclu que les engagements pris par Ultramar envers le directeur ne faisaient pas partie de l'ordonnance par consentement de 1990 et que les conditions de cette ordonnance ne constituaient pas la source du pouvoir de ce dernier en ce qui a trait aux engagements pris par Ultramar. Par conséquent, la pratique de l'industrie n'était pas sans pertinence. En outre, les engagements peuvent être contestés ou exécutés uniquement par l'une des deux parties visées, à savoir le directeur et Ultramar. Lorsque ces deux parties s'entendent sur leur interprétation, la Cour ne peut pas souscrire à une interprétation différente émanant d'autres parties. Par conséquent, le requérant n'a pu démontrer que la décision rendue par le directeur après avoir examiné l'ensemble d'éléments d'actif offert en vente était manifestement déraisonnable, et il n'avait aucune chance raisonnable d'avoir gain de cause en plaidant ce motif de contrôle judiciaire.

Le syndicat fait également valoir que le directeur a commis une erreur en concluant qu'Ultramar a respecté son engagement d'offrir publiquement en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix. Il soutient qu'en omettant d'indiquer le prix auquel elle était disposée à vendre la raffinerie, Ultramar a imposé une restriction déraisonnable quant aux prix en refusant de

price, in itself, cannot, in the circumstances of this case, be characterized as unreasonably restricting the price.

Nor can the Director's conclusion that there was no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation be characterized as unreasonable.

While the general standard that the underlying consideration in such a case as this is whether, in the circumstances, an extension of time to commence proceedings is called for to do justice between the parties, that does not require that the Court waive the basic statutory rule limiting time to commence proceedings where the Court concludes the applicant, on the basis of the material and argument presented in support of the extension, has no reasonable chance of success, no arguable case, for judicial review.

If the unionized workers' goal of returning to work at the refinery is to be achieved, it will be as a result of the decisions of others, not of the courts.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(2).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.); *LeBlanc v. National Bank of Canada*, [1994] 1 F.C. 81 (T.D.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Gingras v. Canada*, [1990] 2 F.C. 68; (1990), 69 D.L.R. (4th) 55 (T.D.); *Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Imperial Oil Limited*, [1994] C.C.T.D. No. 23 (QL); *Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 F.C. 713; (1995), 127 D.L.R. (4th) 517; 63 C.P.R. (3d) 161 (T.D.).

le divulguer complètement. On ne peut, dans les circonstances de la présente espèce, qualifier de restriction déraisonnable quant au prix le défaut d'Ultramar de fixer un prix de départ.

On ne peut pas dire non plus que la conclusion du directeur voulant qu'il n'existe aucune manifestation d'un intérêt légitime en ce qui a trait au maintien en exploitation de la raffinerie était déraisonnable.

Bien que la norme générale veuille que la considération sous-jacente en pareil cas soit la question de savoir si, dans les circonstances, la prorogation du délai prévu pour former un recours est nécessaire pour que justice soit faite entre les parties, elle n'oblige pas la Cour à déroger à la règle législative fondamentale qui limite ce délai si elle conclut que le requérant, sur la base des éléments de preuve et des arguments présentés au soutien de la demande de prorogation, n'a aucune cause soutenable et n'a aucune chance raisonnable de succès dans une demande de contrôle judiciaire.

Si l'objectif des travailleurs syndiqués de retourner travailler à la raffinerie doit se réaliser, ce sera à la suite de décisions rendues non pas par les tribunaux, mais par d'autres parties.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 28(2).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263; (1985), 63 N.R. 106 (C.A.); *LeBlanc c. Banque nationale du Canada*, [1994] 1 C.F. 81 (1^{re} inst.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68; (1990), 69 D.L.R. (4th) 55 (1^{re} inst.); *Canada (Loi sur la concurrence: Directeur des enquêtes et recherches) c. Imperial Oil Limited*, [1994] D.T.C.C. n^o 23 (QL); *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 C.F. 713; (1995), 127 D.L.R. (4th) 517; 63 C.P.R. (3d) 161 (1^{re} inst.).

DISTINGUISHED:

Bialski v. National Research Council of Canada (1994), 81 F.T.R. 98 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Imperial Oil Limited, [1990] C.C.T.D. No. 3 (QL).

APPLICATION for an order pursuant to subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act* for an extension of time to file an application for judicial review. Application dismissed.

COUNSEL:

Kimberly H. W. Turner for applicant.
Michael F. Donovan for respondent—Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy.
Michael S. Koch for respondent—Ultramar Canada Inc.

SOLICITORS:

Pink Breen Larkin, Halifax, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent—Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy.
Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, for respondent—Ultramar Canada Inc.

The following are the reasons for order rendered in English by

- 1 MACKAY J.: This is an application by Atlantic Oil Workers Union, Local 1, (the applicant or the Union) for an order pursuant to subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] (the Act), for an extension of time to file an application for judicial review. If permitted, the Union seeks review and an order setting aside a decision of the respondent Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy (the Director), made December 14, 1995.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bialski c. Conseil national de recherches du Canada (1994), 81 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée, [1990] D.T.C.C. n° 3 (QL).

DEMANDE d'ordonnance fondée sur le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant la prorogation du délai applicable au dépôt d'une demande de contrôle judiciaire. Demande rejetée.

AVOCATS:

Kimberly H. W. Turner pour le requérant.
Michael F. Donovan pour l'intimé—Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence.
Michael S. Koch pour l'intimée—Ultramar Canada Inc.

PROCUREURS:

Pink Breen Larkin, Halifax, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé—Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence.
Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, pour l'intimée — Ultramar Canada Inc.

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

- 1 LE JUGE MACKAY: Il s'agit en l'espèce d'une requête présentée par l'Atlantic Oil Workers Union, Local 1 (le requérant ou le syndicat), en vertu du paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, [édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] (la Loi), en vue d'obtenir une ordonnance prorogeant le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire. S'il obtient la permission demandée, le syndicat sollicite le contrôle et l'annulation par voie d'ordonnance de la décision rendue par le directeur des enquêtes et recherches intimé du

- 2 By that decision the Director determined that the respondent Ultramar had complied with undertakings provided to the Director on October 25, 1993 in that it had established to the Director's satisfaction that Ultramar had sought to publicly market its oil refinery at Dartmouth, Nova Scotia without unreasonable restriction on the price and that there was no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation. That decision the Union would seek to have set aside by commencing proceedings for judicial review.
- 3 Under subsection 18.1(2) of the Act:
18.1 . . .
- (2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to . . . the party directly affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.
- No application was made within thirty days because, as a solicitor for the applicant candidly acknowledges by affidavit, he misunderstood how the thirty-day time limit for filing would be applied in light of Christmas holidays at the end of the year. The Union, which intended to commence proceedings in timely fashion, did not do so, simply because of his misunderstanding.
- 4 The applicant did file on January 25, 1996 an application for judicial review, dated January 5, 1996, in Court file T-208-96 and in the originating notice of motion set out grounds for judicial review, presuming the matter would be permitted to proceed. Counsel for the respondent Ultramar took the position that the application was filed out of time. The Union then filed this separate application for leave to proceed, pursuant to subsection 18.1(2) of the Act, and on the same date, February 2, 1996, it filed a notice of discontinuance with respect to the appli-
- Bureau de la politique de concurrence (le directeur) le 14 décembre 1995.
- Dans sa décision, le directeur a statué que l'intimée Ultramar a respecté les engagements qu'elle a pris envers lui le 25 octobre 1993, c'est-à-dire qu'elle a établi de façon jugée satisfaisante par le directeur qu'elle avait cherché à offrir publiquement en vente sa raffinerie de pétrole située à Dartmouth (Nouvelle-Écosse) sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix, et qu'il n'existait aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation. Il s'agit de la décision dont le syndicat cherche à obtenir l'annulation au moyen d'une demande de contrôle judiciaire.
- Le paragraphe 18.1(2) de la Loi dispose:
18.1 . . .
- (2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance . . . à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.
- Aucune demande n'a été présentée dans le délai de présentation de trente jours parce qu'un avocat du requérant a mal compris comment ce délai serait calculé pendant les vacances de Noël à la fin de l'année, comme celui-ci le reconnaît franchement dans un affidavit. Le syndicat, qui avait l'intention de présenter une demande en temps voulu, ne l'a pas fait uniquement à cause de cette méprise.
- Le 25 janvier 1996, le requérant a présenté une demande de contrôle judiciaire datée du 5 janvier 1996 dans le dossier T-208-96 et, présumant que l'affaire pourrait suivre son cours, a indiqué des motifs de contrôle judiciaire dans l'avis de requête introductive d'instance. L'avocat de l'intimée Ultramar a exprimé l'opinion que la demande avait été présentée hors délai. Le syndicat a alors présenté une requête distincte fondée sur le paragraphe 18.1(2) de la Loi afin d'obtenir l'autorisation de se pourvoir en justice et, le même jour, soit le 2 février

cation in file T-208-96. The application for an extension of time, dated and filed February 2, 1996 was heard in Halifax on February 13. In the notice of motion applying to extend the time, the grounds for it are said to be, "that such extensions of time are permitted pursuant to section 18.1(2) of the *Federal Court Act* and that the granting of an extension is appropriate in the circumstances of this case".

1996, il a déposé un avis de désistement dans le dossier T-208-96. L'audition de cette requête en prorogation de délai, qui est datée du 2 février 1996 et a été déposée le même jour, a eu lieu à Halifax le 13 février. Les motifs indiqués dans l'avis de requête en prorogation de délai sont [TRADUCTION] «que ces prorogations de délai sont prévues à l'article 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et qu'il est opportun d'accorder une prorogation dans les circonstances de l'espèce».

5 The motion for an extension of time came on for hearing on February 13, 1996 when counsel for the applicant and for the respondent Ultramar were heard. Counsel for the Director was in attendance but the Director took no position in relation to the application. Following the hearing counsel for the Union and for the respondent Ultramar filed written submissions in regard to issues raised at the time of hearing. After consideration of submissions made at the hearing and in writing thereafter in March, an order now issues dismissing the application for an extension of time to commence proceedings for judicial review. These are brief reasons for that order.

L'audition de la requête a été fixée au 13 février 1996, date à laquelle les avocats du requérant et de l'intimée Ultramar ont été entendus. Le conseiller juridique du directeur était présent, mais le directeur n'a pas pris position sur la demande. Quelque temps plus tard, les avocats du syndicat et de l'intimée Ultramar ont présenté des observations écrites portant sur des questions soulevées à l'audience. Après avoir examiné les arguments qui ont été présentés à l'audience et les observations écrites qui ont été fournies en mars, je suis d'avis de rejeter la requête visant à obtenir une prorogation du délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire. L'ordonnance que je rends est motivée brièvement ci-après.

6 The general principles applicable in considering an extension of the time limit to file an application have been accepted as those set out in *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.). Although that case dealt with then subsection 28(2) of the Act [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], the wording of that provision was similar to that now found in subsection 18.1(2). In that case, Thurlow C.J. speaking for the Court of Appeal stated, in part (at pages 272 and 277):

6 Il est admis que les principes généraux qui s'appliquent à une prorogation du délai de présentation d'une demande sont ceux qui sont exposés dans l'affaire *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.). Quoique cette affaire se rapporte à ce qui était alors le paragraphe 28(2) de la Loi [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10], le libellé de cette disposition est similaire à celui du paragraphe 18.1(2) actuel. Dans cette affaire, le juge en chef Thurlow, qui prononçait les motifs au nom de la Cour d'appel, a notamment déclaré (aux pages 272 et 277):

The underlying consideration, . . . is whether, in the circumstances presented, to do justice between the parties calls for the grant of the extension.

. . . on doit tout d'abord se demander si . . . la prorogation du délai est nécessaire pour que justice soit faite entre les parties.

. . .

. . .

Among the matters to be taken into account . . . is whether the applicant intended within the 10-day period to bring the application and had that intention continuously thereafter. Any abandonment of that intention, any laxity

. . . il faut notamment se demander si le requérant avait, dans le délai de 10 jours, l'intention de présenter sa demande et s'il a toujours eu cette intention par la suite. Tout abandon de cette intention, tout relâchement ou

or failure of the applicant to pursue it as diligently as could reasonably be expected of him could but militate strongly against his case for an extension. The length of the period for which an extension is required and whether any and what prejudice to an opposing party will result from an extension being granted are also relevant.

défaut du requérant de poursuivre cette fin avec la diligence qui pouvait raisonnablement être exigée de lui ne pourrait que nuire considérablement à ses chances d'obtenir la prorogation. La longueur de la période pour laquelle la prorogation est exigée et la question de savoir si cette prorogation causerait un préjudice à la partie adverse et, si c'est le cas, la nature de ce préjudice, sont également pertinentes.

7 Counsel for the Union refers to *Bialski v. National Research Council of Canada* (1994), 81 F.T.R. 98 (F.C.T.D.), where counsel for the applicant had a similar misunderstanding, about the determination of the time limit for filing for judicial review pursuant to section 18.1 of the Act, to that of counsel for the Union in this case. In *Bialski*, my colleague Madam Justice Reed, allowed an extension of time, finding that the applicant had a reasonable explanation for delay and raised an arguable case. In that case the respondent opposed the extension of time, apparently on a jurisdictional argument that the decision there in question was not one made by a federal board, commission or tribunal in furtherance of a power specifically conferred by law. That argument was not accepted by her Ladyship, and there was no argument or discussion about the arguable case raised by the applicant or his prospects of success in the proceedings sought to be initiated.

L'avocat du syndicat se reporte à l'affaire *Bialski c. Conseil national de recherches du Canada* (1994), 81 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle l'avocat du requérant a commis une erreur similaire à celle de l'avocat du syndicat dans la présente espèce au sujet du calcul du délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la Loi. Dans *Bialski*, ma collègue M^{me} le juge Reed a accordé une prorogation de délai parce que le requérant a fourni une explication raisonnable du retard et qu'il avait une cause soutenable. Dans cette affaire, l'intimé s'est opposé à la prorogation de délai en invoquant l'argument d'ordre juridictionnel selon lequel la décision litigieuse n'aurait pas été rendue par un office fédéral dans l'exercice d'un pouvoir expressément conféré par la loi. M^{me} le juge Reed n'a pas souscrit à cet argument, et aucun débat n'a eu lieu sur la cause soutenable qu'aurait eu le requérant ou sur ses chances d'avoir gain de cause dans la demande qu'il cherchait à présenter.

8 In this case, the respondent Ultramar concedes that the applicant intended to bring the application in timely fashion and had not abandoned that intent. Ultramar does not contest the reasonableness of the explanation for the Union's failure to initiate proceedings in time. It accepts that the decision of the Director in the ordinary course would be subject to judicial review. Ultramar does argue, however, that the Union has failed to demonstrate that it has a reasonable chance of success in an arguable case for judicial review of the Director's decision. That test, so expressed, is one set out in a decision of this Court in *LeBlanc v. National Bank of Canada*, [1994] 1 F.C. 81 (T.D.), at page 92:

Dans la présente espèce, l'intimée Ultramar reconnaît que le requérant avait l'intention de présenter la demande en temps voulu et qu'il n'avait pas abandonné cette intention. Ultramar ne conteste pas le fait que le retard du syndicat repose sur une explication raisonnable. Elle admet que, en temps normal, la décision du directeur ferait l'objet d'un contrôle judiciaire. Ultramar fait toutefois valoir que le syndicat n'a pas démontré qu'il a une cause soutenable et qu'il a une chance raisonnable d'avoir gain de cause dans une demande de contrôle judiciaire de la décision du directeur. Ce critère, ainsi formulé, est énoncé dans la décision rendue par la Cour dans l'affaire *LeBlanc c. Banque nationale du Canada*, [1994] 1 C.F. 81 (1^{re} inst.), à la page 92:

While this Court, in considering an extension of time, must not weigh finally the merits of the applicant's case, the jurisprudence is clear that it must be persuaded the

Bien que cette Cour n'ait pas, lorsqu'elle examine une demande de prorogation de délai, à apprécier de façon définitive le bien-fondé des arguments du requérant, elle

applicant has a reasonable chance of success in an arguable case.

Whether the test as there expressed would be recognized by the Court of Appeal has yet to be determined. I note for the record that in this case both the applicant and the respondent Ultramar accept that description of the test for purposes of this case. I also note that in some recent decisions of my colleagues the test is expressed somewhat differently, that the applicant must establish a reasonable chance of success, an arguable case, for the Court to grant an extension of time. While in practical terms there may be little difference, the latter expression may more accurately portray current jurisprudence.

9 In *LeBlanc*, after reviewing the evidence before me, I concluded that the applicant there had not demonstrated by evidence a reasonable chance of success and I did not allow an extension of time. Here the argument of the respondent Ultramar is based upon its submission that the materials submitted to the Court at the time the motion was heard and the Union's subsequent written submissions do not demonstrate a reasonable chance of success in an arguable case for judicial review.

10 The respondent also suggested that if the application for an extension of time to file were permitted it would be prejudiced by having to respond to that application, which would be a third response in legal proceedings relating to the refinery, and these proceedings, in part, raise similar issues to those already disposed of previously. That submission would have significance only if it is determined that there is no reasonable chance of success for the applicant if proceedings for judicial review were to commence. If there is a prospect for success for the applicant, the only prejudice to the respondent Ultramar would be costs of the proceedings and, in my view, any risk of costs is not prejudice to the respondent if the applicant has a reasonable prospect

doit être persuadée, comme l'enseigne clairement la jurisprudence, que ce dernier a une cause soutenable et qu'il a une chance raisonnable d'avoir gain de cause.

On ne sait pas encore si ce critère, tel qu'il est formulé dans cette décision, serait reconnu par la Cour d'appel. Il convient de signaler que le requérant et l'intimée Ultramar acceptent tous deux cette formulation du critère pour le règlement du présent litige. Je fais également remarquer que mes collègues ont formulé ce critère de manière un peu différente dans de récentes décisions, c'est-à-dire que le requérant doit établir qu'il a des motifs soutenables et qu'il a une chance raisonnable de succès, une cause défendable, pour se voir accorder une prorogation de délai par la Cour. Bien que, concrètement, cela puisse revenir au même, cette dernière tournure reflète peut-être plus fidèlement la jurisprudence actuelle.

9 Dans l'affaire *LeBlanc*, après avoir examiné la preuve dont je disposais, je suis arrivé à la conclusion que le requérant n'avait pas prouvé qu'il avait une chance raisonnable d'avoir gain de cause, et je n'ai accordé aucune prorogation de délai. Dans la présente espèce, la thèse de l'intimée Ultramar repose sur l'argument qui veut que les éléments de preuve soumis à la Cour à l'audition de la requête et les observations écrites que le syndicat a présentées par la suite ne démontrent pas que celui-ci a une cause soutenable et que la demande de contrôle judiciaire a une chance raisonnable de succès.

10 L'intimée a en outre donné à entendre qu'elle subirait un préjudice si la requête en prorogation de délai était accueillie parce qu'il lui faudrait répondre à cette requête, ce qui représenterait une troisième réponse dans une instance ayant trait à la raffinerie, et cette instance, en partie, soulève des questions similaires à celles qui ont déjà été tranchées. Cet argument serait valable uniquement s'il est établi que le requérant n'a aucune chance raisonnable d'avoir gain de cause s'il présente une demande de contrôle judiciaire. Si le requérant a une chance de succès, le seul préjudice que subirait l'intimée résiderait dans les frais de l'instance et, à mon avis, pareil risque ne constitue pas un préjudice pour l'intimée si le requérant a une chance raisonnable

of success. Moreover, I agree with the applicant that granting an extension of time to file constitutes no real prejudice to Ultramar for it would be in no worse position than if the application had been filed on time.

11 It may be helpful to set out some of the background leading up to the decision of the Director which gives rise to the submissions of the parties about whether there is a reasonable chance of success for the Union if it is permitted to proceed.

12 The applicant, Atlantic Oil Workers Union, Local 1, represents employees of the refinery formerly operated in Eastern Passage at Dartmouth, Nova Scotia, by the respondent Ultramar Canada Inc. That corporation acquired the refinery following a consent order of the Competition Tribunal dated February 6, 1990 [*Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Imperial Oil Limited*, [1990] C.C.T.D. No. 3 (QL)], which required that Imperial Oil Limited, the former operator, divest itself of certain assets in the Atlantic Region, including the refinery at Eastern Passage. The order authorized the Director to approve acquisition of the refinery and other assets, subject to general terms set out in the Tribunal's order.

13 Ultramar's acquisition of the refinery was subsequently approved upon certain written undertakings which it gave in September 1990 to the respondent Director, including an undertaking that it would operate the refinery for a minimum of seven years barring a material adverse change. Subsequently, on October 25, 1993 Ultramar also undertook in writing that if it were to notify the Director of its intention to cease operating the refinery before the end of the seven-year term, it would offer the refinery for sale without unreasonable restriction on the price and would provide the Director with evidence establishing whether there was any reasonable legitimate continuing interest on the part of a viable party to maintain the refinery as

d'avoir gain de cause. Par ailleurs, je suis d'accord avec le requérant pour dire que l'octroi d'une prorogation de délai ne représente pas un préjudice véritable pour Ultramar car sa situation ne serait pas pire que si la demande avait été présentée à temps.

Il est peut-être utile de rappeler quelques-uns des faits ayant mené à la décision du directeur qui donne lieu aux observations des parties sur la question de savoir si le syndicat a une chance raisonnable d'avoir gain de cause s'il obtient la permission de se pourvoir en justice.

Le requérant, l'Atlantic Oil Workers Union, Local 1, représente les employés de la raffinerie d'Eastern Passage qu'Ultramar Canada Inc. exploitait à Dartmouth (Nouvelle-Écosse). Cette personne morale s'est portée acquéreur de la raffinerie à la suite d'une ordonnance par consentement en date du 6 février 1990 [*Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1990] D.T.C.C. n° 3 (QL)] par laquelle le Tribunal de la concurrence a obligé l'ancien exploitant de la raffinerie, la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée, à se dessaisir de certains éléments d'actif dans la région de l'Atlantique, dont la raffinerie d'Eastern Passage. L'ordonnance autorisait le directeur à approuver l'acquisition de la raffinerie et d'autres éléments d'actif, sous réserve des conditions générales prévues dans l'ordonnance du Tribunal.

L'acquisition de la raffinerie par Ultramar a par la suite été approuvée après que celle-ci eut pris envers le directeur intimé, en septembre 1990, certains engagements écrits, notamment celui d'exploiter la raffinerie pendant au moins sept ans, sauf en cas de changement défavorable important. Le 25 octobre 1993, Ultramar s'est également engagée par écrit, dans le cas où elle informerait le directeur de son intention de cesser d'exploiter la raffinerie avant l'expiration de la période de sept ans, à offrir en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix et à fournir au directeur des données permettant de déterminer s'il existait un intérêt raisonnable, légitime et soutenu de la part d'une partie viable en ce qui a trait au maintien de

an operating business in Canada. The October 1993 undertakings provided that Ultramar would be in compliance if it established to the Director's satisfaction that it had publicly marketed the refinery, without unreasonable restriction on the price and that there was no legitimate expression of interest to purchase and continue operations of the refinery.

la raffinerie comme entreprise en pleine exploitation au Canada. Les engagements d'octobre 1993 prévoyaient qu'Ultramar respecterait ses engagements si elle établissait de façon jugée satisfaisante par le directeur qu'elle a publiquement offert en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix et qu'il n'existait aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation.

14 In May 1994 Ultramar gave notice of its conclusion that there had been a material adverse change and that it intended to cease operations at the refinery. The Union sought to raise issues concerning that decision before the Competition Tribunal, but the Tribunal held that it had no jurisdiction in the matter. (See: *Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Imperial Oil Limited*, [1994] C.C.T.D. No. 23 (QL), reasons for decision regarding jurisdiction over undertakings, per Rothstein J.) In September 1994, the Attorney General of Nova Scotia, on behalf of the Province, filed an application in this Court seeking an order to prohibit the Director from determining whether there had been a material adverse change. When Ultramar closed the refinery in October 1994 the Province filed a second application for judicial review in this Court for an order to require the Director to compel Ultramar to continue the refinery operations. Both applications were heard together early in 1995 and both were dismissed by orders dated August 31, 1995 [*Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 F.C. 713 (T.D.)].

En mai 1994, Ultramar a avisé le directeur qu'elle était arrivée à la conclusion qu'il y avait eu un changement défavorable important et qu'elle avait l'intention de fermer la raffinerie. Le syndicat a cherché à soulever des questions au sujet de cette décision devant le Tribunal de la concurrence, mais celui-ci a statué qu'il n'avait pas compétence dans cette affaire. (Voir: *Canada (Loi sur la concurrence: Directeur des enquêtes et recherches) c. Imperial Oil Limited*, [1994] D.T.C.C. n° 23 (QL), motifs de la décision concernant la compétence relative aux engagements, par le juge Rothstein.) En septembre 1994, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, qui agissait au nom de la province, a déposé auprès de la Cour une demande visant à obtenir une ordonnance interdisant au directeur de rendre une décision sur la question du changement défavorable important. Lorsqu'Ultramar a fermé la raffinerie en octobre 1994, la province a déposé auprès de la Cour une deuxième demande de contrôle judiciaire afin d'obtenir une ordonnance enjoignant au directeur de forcer Ultramar à continuer d'exploiter la raffinerie. Les deux demandes ont été entendues en même temps au début de 1995, et ont toutes deux été rejetées par des ordonnances datées du 31 août 1995 [*Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 C.F. 713 (1^{re} inst.)].

15 Thereafter, in October 1995, the Director determined that there had been a material adverse change under the 1990 undertakings of Ultramar. He then accepted submissions with respect to Ultramar's compliance with the October 1993 undertakings. The Union made submissions orally and in writing to the Director on this matter, submitting that Ultramar had failed to comply with those undertakings. Then on December 14, 1995 the Director issued a decision

En octobre 1995, le directeur a conclu qu'il y avait eu un changement défavorable important au sens des engagements pris par Ultramar en 1990. Il a ensuite accepté des observations au sujet du respect des engagements pris par Ultramar en octobre 1993. Dans des observations qu'il a présentées de vive voix et par écrit au directeur sur cette question, le syndicat a affirmé qu'Ultramar ne s'était pas conformée à ces engagements. Le 14 décembre

finding Ultramar had complied with the October 1993 undertakings. That, of course, is the decision the Union seeks to have reviewed, and set aside, if this application for an extension of time to commence proceedings were to be allowed.

16 The merits of the applicant's claims for relief by judicial review, if permitted to proceed by filing its application late, are not to be determined in any final sense at this stage but an appreciation of them is necessary to determine, where the matter is disputed as it is in this case, whether the applicant has established a reasonable chance of success, an arguable case.

17 There is an initial difficulty in that the grounds for relief are not set out in full by the applicant in its application for an extension of time which simply provides:

The grounds of the motion are that such extensions of time are permitted pursuant to section 18.1(2) of the *Federal Court Act* and that the granting of an extension is appropriate in the circumstances of this case.

The affidavit in support of the application, sworn and filed February 2, 1996, by Mr. Roberts, a solicitor for the Union, makes reference to the grounds for relief only in the following terms:

12. I have advised the Atlantic Oil Workers Union, Local 1, that the Director of Investigation and Research committed a reviewable error and exceeded his jurisdiction in his decision of December 14, 1995, by applying a definition of the "Eastern Passage Refinery" which was different from that applied by the Competition Tribunal.

...

26. I believe the application of the Atlantic Oil Workers Union, Local 1, raises an arguable issue and has a reasonable chance of success on its merits.

18 I propose to treat this alleged excess of jurisdiction, said to arise from application of a definition of the refinery different from that earlier applied by the Competition Tribunal, as the primary ground for

1995, le directeur a rendu une décision dans laquelle il concluait qu'Ultramar avait respecté les engagements pris en octobre 1993. Il s'agit évidemment de la décision visée par la demande de contrôle et d'annulation que le syndicat déposera si la Cour fait droit à la présente requête en prorogation de délai.

16 Il ne s'agit pas de statuer de façon définitive, à ce stade-ci, sur le bien-fondé du redressement que sollicite le requérant par voie de contrôle judiciaire, s'il est autorisé à se pourvoir en justice en présentant sa demande tardivement, mais il est nécessaire de l'évaluer afin de déterminer, lorsqu'il s'agit d'une affaire contestée comme c'est le cas en l'espèce, si le requérant a établi qu'il a une chance raisonnable de succès, une cause défendable.

17 La première difficulté qui se pose réside dans le fait que les motifs de redressement ne sont pas exposés de façon circonstanciée dans la requête en prorogation de délai du requérant, qui dispose simplement:

[TRADUCTION] Les motifs de la requête sont que ces prorogations de délai sont prévues au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et qu'il est opportun d'accorder une prorogation dans les circonstances de l'espèce.

L'affidavit présenté au soutien de la requête, qui a été signé et déposé le 2 février 1996 par un avocat du syndicat, M^c Roberts, fait allusion aux motifs de redressement uniquement dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 12. J'ai informé l'Atlantic Oil Workers Union, Local 1, que le directeur des enquêtes et recherches a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire et a outrepassé sa compétence dans la décision qu'il a rendue le 14 décembre 1995 en appliquant une définition de la «raffinerie d'Eastern Passage» qui diffèrait de celle qu'a appliquée le Tribunal de la concurrence.

...

26. À mon avis, la demande de l'Atlantic Oil Workers Union, Local 1, soulève des motifs soutenables et a une chance raisonnable de succès au fond.

18 Je me propose de considérer l'excès de compétence présumé, auquel aurait donné lieu l'application d'une définition de la raffinerie qui diffère de celle qu'a appliquée le Tribunal de la concurrence,

seeking judicial review.

19 Other grounds, unsupported by direct reference in affidavit evidence, are here argued, and since they are dealt with by the parties in oral or written argument, I propose to deal with them also. Two additional grounds are set out in the plaintiff's written submissions dated February 13, 1996 and were referred to at the hearing of this application on that day, and they were included in the applicant's originating notice of motion in Court file T-208-96, which was withdrawn. They were also among matters included within written representations made to the Director on behalf of the Union in advance of his decision, a copy of which appears as Exhibit D to the Roberts' affidavit and they are further elaborated on in written submissions dated March 5, 1996, from the applicant in support of this application for an extension of time. Those two grounds are that the Director exceeded his jurisdiction in finding that the respondent Ultramar had offered the refinery for sale "without unreasonable restriction on the price", as required by its 1993 undertaking, and also in finding that there was no legitimate continuing interest on the part of a potential purchaser to purchase the refinery and continue its operation. Finally, a third additional ground is suggested in the applicant's written submissions of March 5, 1996, that is, it is submitted the Director breached his duty of fairness in the process in reaching his decision that the respondent Ultramar had complied with its 1993 undertaking, without having provided all the material before him to the applicant, with an opportunity for the latter to review that material, before the Director made his decision.

20 I do not propose to consider the final ground suggested, i.e., failure to produce all of the evidence to the Union in advance of his decision. It is not referred to in the application for an extension of time, in the affidavit of Mr. Roberts or the exhibits filed with it. There is no indication in any of the evidentiary material before me that the applicant

comme principal motif invoqué au soutien de la demande de contrôle judiciaire.

D'autres motifs, qui ne sont pas soutenus par une mention directe dans la preuve par affidavit, sont invoqués dans la présente espèce, et comme les parties les ont traités dans leurs observations orales et écrites, je me propose de les examiner aussi. Deux motifs supplémentaires sont exposés dans les observations écrites du requérant, en date du 13 février 1996, et ont été évoqués à l'audition de la demande ce jour-là; ils étaient exposés dans l'avis de requête introductive d'instance qui a été retiré dans le dossier T-208-96. Ils figuraient également parmi les questions abordées dans des observations écrites, jointes comme pièce D à l'affidavit de M^c Roberts, qui ont été présentées au directeur au nom du syndicat avant que le directeur ne rende sa décision, et ils sont développés dans des observations écrites en date du 5 mars 1996 que le requérant a présentées au soutien de la présente requête en prorogation de délai. Ces deux motifs sont que le directeur a outrepassé sa compétence en concluant que l'intimée Ultramar a offert en vente la raffinerie [TRADUCTION] «sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix», comme le prévoyait l'engagement pris en 1993, et en concluant en outre qu'il n'existait aucun intérêt légitime et soutenu de la part d'un acheteur potentiel en ce qui a trait à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation. Enfin, il est question d'un troisième motif supplémentaire dans les observations écrites du requérant, en date du 5 mars 1996, à savoir que le directeur aurait manqué à son obligation d'équité procédurale en statuant que l'intimée Ultramar a respecté l'engagement pris en 1993, sans avoir fourni au requérant tous les éléments de preuve dont il disposait pour lui permettre de les examiner avant le prononcé de la décision attaquée.

Je n'ai pas l'intention d'examiner le dernier motif proposé, c'est-à-dire le défaut du directeur de fournir au syndicat l'ensemble de la preuve avant de rendre sa décision. Ce motif n'est mentionné ni dans la requête en prorogation de délai, ni dans l'affidavit de M^c Roberts, ni dans les pièces jointes à ce document. Il n'y a rien dans la preuve dont j'ai été saisi

19

20

Union, which made both written and oral submissions to the Director before he rendered his decision, ever requested at any time an opportunity to review all of the material before the Director, and thus there is no evidence of any refusal on his part to provide information of any kind. Moreover, the suggestion presumes a right of the applicant to review all information before the Director, a right that is not here established. In an earlier decision, concerning judicial review to preclude the decision of the Director with regard to the 1990 undertakings by Ultramar, a similar issue was raised by the applicant, the Province of Nova Scotia, and supported by the Union. I there found that the Director, in exercising of his administrative discretion under the enabling statute was free to devise processes for dealing with issues arising in regard to that discretion. (See: *Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 F.C. 713 (T.D.)) In keeping with that decision, I would not here infer a legal duty on the Director to produce to any or all interested parties all of the evidence before him, for its or their comment, before his decision.

qui me permet de croire que le syndicat requérant, qui a présenté des observations aussi bien de vive voix que par écrit au directeur avant qu'il ne rende sa décision, a jamais demandé à quelque moment que ce soit à examiner l'ensemble de la preuve soumise au directeur et, partant, rien ne permet de conclure que ce dernier a refusé de fournir quelque renseignement que ce soit. Par ailleurs, ce motif implique un droit qu'aurait le requérant d'examiner tous les renseignements fournis au directeur, et l'existence de ce droit n'a pas été établie en l'espèce. Dans une décision antérieure portant sur un contrôle judiciaire visant à empêcher le directeur de rendre une décision sur les engagements pris par Ultramar en 1990, une question similaire a été soulevée par la requérante, à savoir la province de la Nouvelle-Écosse, qu'appuyait le syndicat. J'ai statué dans cette affaire que le directeur, dans l'exercice du pouvoir administratif discrétionnaire que lui confère la loi habilitante, était libre de concevoir des mécanismes pour régler les questions relevant de ce pouvoir discrétionnaire. (Voir: *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*, [1995] 3 C.F. 713 (1^{re} inst.)) En accord avec cette décision, je n'inférerai pas dans la présente espèce que le directeur était légalement tenu de fournir aux parties intéressées l'ensemble de la preuve dont il disposait pour leur permettre de faire des commentaires avant qu'il ne rende sa décision.

21 In light of these considerations the suggestion of a lack of fairness in the process here followed by the Director, is not properly before the Court as a ground for judicial review. Even if it were, in my opinion it would not raise a reasonable chance of success in proceedings by the applicant for judicial review of the Director's decision here questioned.

En raison de ces considérations, la possibilité d'un manquement à l'équité dans la procédure suivie par le directeur en l'espèce n'a pas été régulièrement soumise à la Cour en tant que motif de contrôle judiciaire. Même si elle l'avait été, j'estime qu'elle ne donnerait aucune chance raisonnable de succès à une demande présentée par le requérant en vue du contrôle judiciaire de la décision du directeur en litige.

22 Before turning to assess the possibility of success of the applicant in regard to the other grounds it urges for judicial review, it is useful to set out relevant portions of Ultramar's October 1993 undertakings, and of the Director's decision that those undertakings were met. It is also useful to refer briefly to the standard to be met in an application for judicial

Avant de passer à l'examen des chances de succès du requérant en ce qui a trait aux autres motifs de contrôle judiciaire qui sont invoqués, j'estime utile de reproduire les passages pertinents des engagements pris par Ultramar en octobre 1993 et de la décision par laquelle le directeur a conclu que ces engagements ont été respectés. Il est également utile

review in this case.

- 23 By its letter of October 25, 1993 to the Director, Ultramar made "further undertakings to the Director in respect to the acquisition by Ultramar Canada Inc. of the Texaco Canada Atlantic Assets from Imperial Oil Limited", and the respondent corporation stated in part:

This letter serves to confirm that in the event that Ultramar Canada Inc., as required by the undertakings of September 24, 1990, provides notice to the Director respecting any action which will adversely affect the operation of the refinery, more particularly notifying the Director of its intention to cease operation of the refinery prior to the expiry of the seven year term provided for in the undertakings of September 24, 1990, Ultramar will, after having reviewed this matter with the Director, provide to the Director evidence establishing whether there is any reasonable, legitimate continuing interest on the part of a viable party in maintaining the refinery as an operating business in Canada. It will be sufficient to satisfy this undertaking if Ultramar establishes, to the Director's satisfaction, that it has publicly marketed the refinery, without unreasonable restriction on the price, and there is no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation.

- 24 By his letter of December 14, 1995, addressed to Ultramar and circulated to other interested parties including the applicant Union, the Director set out his decision in part as follows:

I have now considered the issue of whether Ultramar has complied with its obligation from the 1993 undertaking to establish whether there is any interest in continuing operation of the refinery in Canada. In examining this issue I have considered the submissions made by Ultramar, as well as submissions received from the Atlantic Oil Workers' Union and from Scotia Synfuels Limited. I have also obtained the advice of an industry expert, Mr. K. Brown.

The available information indicates that Ultramar carried out a public marketing campaign offering for sale the refinery processing units and indicating that it would make available to the purchaser necessary capacity at the terminal and access to the dock for operation of the

de se reporter brièvement à la norme à respecter dans une demande de contrôle judiciaire comme celle-ci.

- Dans la lettre en date du 25 octobre 1993 qu'elle a adressée au directeur, Ultramar a pris [TRADUCTION] «de nouveaux engagements envers le directeur relativement à l'acquisition par Ultramar Canada Inc. des éléments d'actif de Texaco situés dans la région de l'Atlantique dont Impériale s'était portée acquéreur», et la personne morale intimée a notamment déclaré: 23

[TRADUCTION] La présente a pour objet de confirmer que, si Ultramar Canada Inc. avise le directeur, conformément aux engagements du 24 septembre 1990, d'une mesure qui compromettra l'exploitation de la raffinerie, notamment si elle informe le directeur de son intention de cesser de l'exploiter avant l'expiration de la période de sept ans prévue dans les engagements du 24 septembre 1990, Ultramar fournira au directeur, après avoir examiné la question avec celui-ci, des données permettant de déterminer s'il existe encore un intérêt raisonnable et légitime de la part d'une partie viable en ce qui a trait au maintien de la raffinerie comme entreprise en pleine exploitation au Canada. Pour se conformer à cet engagement, Ultramar devra établir, à la satisfaction du directeur, qu'elle a publiquement offert en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix et qu'il n'existe aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation.

- Dans la lettre en date du 14 décembre 1995 qu'il a envoyée à Ultramar et qui a été distribuée à d'autres parties intéressées, dont le syndicat requérant, le directeur a notamment fait part de sa décision ainsi qu'il suit: 24

[TRADUCTION] J'ai examiné la question de savoir si Ultramar s'est acquittée de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'engagement pris en 1993 de déterminer s'il existe un intérêt en ce qui a trait au maintien de l'exploitation de la raffinerie au Canada. Pour examiner cette question, j'ai tenu compte des observations soumises par Ultramar, ainsi que des observations présentées par l'Atlantic Oil Workers Union et Scotia Synfuels Limited. J'ai également demandé conseil à un spécialiste de l'industrie, M. K. Brown.

Selon les renseignements dont je dispose, Ultramar a mené une campagne publique de marketing visant à offrir en vente les unités de traitement de la raffinerie et a déclaré qu'elle mettrait à la disposition de l'acheteur la capacité nécessaire au terminal et donnerait accès aux

refinery on commercial terms. Ultramar placed terms on the sale requiring that the purchaser take the refinery on an "as is, where is" basis, meaning that the purchaser would have to perform the required turnaround, and provide an acceptable indemnity to Ultramar against environmental liability at the site. Ultramar did not place any asking price on the assets, indicating that it would consider any bids. An information package was available to interested potential purchasers and a data room was established for purchasers to examine [sic] detailed information on the refinery.

The marketing campaign did not elicit a significant number of potential purchasers. There were only four visitors to the data room and only three expressions of interest, two of which are no longer active. The remaining interest is that of Scotia Synfuels Limited, which is discussed below.

Submissions by interested parties have argued that Ultramar's offer of only the refining processing units is not an adequate package of assets to comply with its undertakings. These submissions take the position that sale of the refinery should include the terminal and dock facilities, as was the case in the 1990 sale to Ultramar. They also argue that Ultramar's sales efforts have been inadequate, particularly its refusal to set a price for and offer the entire facility until the final discussions between Ultramar and Scotia. They also claim the asking price, when finally set, was unreasonable.

Having considered all the submissions, I am of the view that the asset package was adequate. There is precedent [sic] in the petroleum industry for purchases of refining facilities without title to required terminal and dock space. Use of the facilities can be and has been determined through commercial arrangements short of ownership.

With respect to the marketing campaign conducted by Ultramar, it is clear that potential purchasers were made aware of the sale and the terms. The sale was advertised in appropriate newspapers and industry journals. The information package was distributed to in excess of 100 potential purchasers and the sale was made directly known to over 200 potential purchasers. The available information makes it clear that all known likely purchasers of the refinery were made aware of the sale.

As noted above, only four parties visited the data room and the only continuing interest in purchasing assets is that expressed by Scotia Synfuels Limited. Scotia's offer

installations de mouillage de manière à permettre l'exploitation de la raffinerie à des conditions commerciales. Ultramar a assujéti la vente à l'obligation de prendre la raffinerie «en l'état», ce qui veut dire que l'acheteur devrait se charger de la remise en œuvre requise et accorder à Ultramar une garantie d'indemnisation suffisante contre toute responsabilité contre l'atteinte à l'environnement sur le site. Ultramar n'a fixé aucun prix de départ pour les éléments d'actif et a indiqué qu'elle étudierait les offres. Une trousse d'information a été fournie aux acheteurs potentiels intéressés et une salle de lecture a été aménagée afin de leur permettre de prendre connaissance de renseignements plus complets sur la raffinerie.

La campagne de marketing n'a pas attiré beaucoup d'acheteurs potentiels. Il n'y a eu que quatre visiteurs à la salle de lecture et que trois acheteurs intéressés, dont deux se sont désistés. Le troisième acheteur intéressé est Scotia Synfuels Limited, dont il est question ci-dessous.

Dans leurs observations, les parties intéressées ont soutenu que l'offre d'Ultramar ne visait que les unités de traitement, ce qui ne constitue pas un ensemble d'éléments d'actif suffisant pour se conformer aux engagements. Ces parties font valoir que la vente de la raffinerie devrait englober les installations terminales et de mouillage, comme c'était le cas lorsqu'Ultramar a acheté la raffinerie en 1990. Elles affirment en outre que les efforts faits par Ultramar pour vendre la raffinerie ont été insuffisants, en particulier eu égard au refus de celle-ci de fixer un prix et d'offrir en vente l'installation complète avant que n'aient lieu les derniers pourparlers avec Scotia. Elles prétendent enfin que le prix de départ, lorsqu'il a finalement été fixé, était déraisonnable.

Ayant examiné tous ces arguments, je suis d'avis que l'ensemble d'éléments d'actif était suffisant. Il existe un précédent dans l'industrie pétrolière en ce qui a trait aux achats d'installations de raffinage sans titre de propriété sur les installations terminales et de mouillage requises. L'utilisation de ces installations peut être réglée et l'a été au moyen d'ententes commerciales excluant la propriété.

En ce qui concerne la campagne de marketing menée par Ultramar, il ne fait aucun doute que les acheteurs potentiels ont été mis au courant de la vente et des conditions qui s'y rattachaient. La vente a été annoncée dans les revues spécialisées et les journaux appropriés. La trousse d'information a été distribuée à plus d'une centaine d'acheteurs potentiels, et plus de deux cents acheteurs potentiels ont été personnellement avisés de la vente. Les renseignements dont je dispose montrent bien que tous les acheteurs probables connus de la raffinerie ont été mis au courant de la vente.

Comme il est précisé ci-dessus, seulement quatre visiteurs se sont rendus à la salle de lecture et la seule partie encore intéressée à se porter acquéreur des éléments d'ac-

is for the refinery processing units plus the terminal and dock facilities. The offer is for a price below what Ultramar considers acceptable for the entire asset package and contains terms which Ultramar deems to be unacceptable. In particular, the offer prescribes that Ultramar perform the required turnaround or accept a lower price if Scotia performs the turnaround. Moreover, the offer places specific ceilings on Scotia's liability for costs of the required turnaround and future environmental liability.

In my view, the interest expressed by Scotia Synfuels, falls short of the requirements of the undertakings. . . . On balance, I do not consider the interest expressed by Scotia to be a legitimate interest for the continued operation of the refinery as a business in Canada.

On the basis of the available information, I am of the view that Ultramar has complied with its 1993 undertakings to publicly market the refinery without unreasonable restriction on the price and there is no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation.

25 In considering the prospects for success in relation to any of the grounds set out for judicial review it is necessary to bear in mind the standard of review that applies in the circumstances of this case.

26 The function of the Director here questioned, it is agreed by the parties, is an administrative discretionary function, as a part of his role in investigating business activities and enforcing competition policy. That is a special function of an officer with particular expertise and responsibilities, within the scope of discretion vested by statute. It involves, in this case, the determination of facts and the consideration of the application of Ultramar's undertakings to those facts. In that task this Court would be reluctant to intervene unless it were persuaded, not merely that the decisions of the Director were unreasonable in the sense that the Court might have reached a different conclusion on the evidence before the Director, but that the decisions were patently unreasonable in the sense that they were not based on any evidence or relevant legal principle. Particularly is this so where the decisions cannot be said to be in relation

tif est Scotia Synfuels Limited. L'offre de Scotia porte sur les unités de traitement ainsi que sur les installations terminales et de mouillage. Le prix offert est inférieur au prix qu'Ultramar juge acceptable pour l'ensemble des éléments d'actif, et l'offre renferme des conditions qu'elle considère inacceptables. En particulier, l'offre précise qu'Ultramar se chargera de la remise en oeuvre requise ou acceptera un prix moins élevé si Scotia s'en charge. En outre, l'offre prévoit des plafonds spécifiques en ce qui a trait à la responsabilité de Scotia quant aux coûts de la remise en oeuvre requise et à la responsabilité future contre toute atteinte à l'environnement.

Selon moi, l'intérêt manifesté par Scotia Synfuels ne répond pas aux exigences des engagements . . . Tout compte fait, je ne considère pas l'intérêt manifesté par Scotia comme un intérêt légitime en ce qui a trait au maintien de la raffinerie comme entreprise en pleine exploitation au Canada.

Compte tenu des renseignements dont je dispose, je suis d'avis qu'Ultramar a respecté les engagements qu'elle a pris en 1993 et qui consistent à offrir publiquement en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix, et qu'il n'existe aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation.

S'agissant de l'examen des chances du requérant d'avoir gain de cause par rapport à l'un ou l'autre des motifs de contrôle judiciaire invoqués, il importe de ne pas oublier la norme de contrôle qui s'applique dans les circonstances de l'espèce. 25

Les parties conviennent que la fonction du directeur en litige est une fonction administrative discrétionnaire, que le directeur exerce dans le cadre de son rôle en matière d'enquête sur des activités commerciales et de mise en oeuvre de la politique de concurrence. Il s'agit d'une fonction spéciale exercée par un fonctionnaire ayant des connaissances et des responsabilités particulières dans le cadre du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi. Dans la présente espèce, cette fonction comporte la détermination de faits et l'examen de l'application des engagements d'Ultramar à ces faits. La Cour hésiterait à intervenir dans l'exercice de cette fonction, à moins d'être convaincue non seulement que les décisions rendues par le directeur sont déraisonnables, c'est-à-dire que la Cour pourrait avoir tiré une conclusion différente à partir de la preuve soumise au directeur, mais qu'elles sont manifestement déraisonnables, 26

to the Director's jurisdiction, but rather they concern matters clearly falling within his or her discretion to determine, under his or her statutory authority and the terms of the arrangements the Director had earlier approved for Ultramar's acquisition of the refinery, including its written undertakings.

27 In *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pages 7-8, Mr. Justice McIntyre, speaking for the Court commented:

It is, as well, a clearly-established rule that the courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility. Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

In *Gingras v. Canada*, [1990] 2 F.C. 68 (T.D.), at page 88, my colleague Mr. Justice Dubé summed up Canadian jurisprudence concerning the test applicable in review of a discretionary administrative decision in the following terms.

Canadian courts at all levels have repeatedly reaffirmed the interdependent criteria set forth in *Padfield*. Like the House of Lords, they also have concluded that an administrative authority misuses its power when it acts for improper ends, other than those specified in the Act, or based on wrong principles or with reference to factors unrelated to the law and irrelevant, by failing to take relevant factors into account or in an arbitrary, unreasonable or discriminatory manner. [Citations omitted.]

28 Those cases express in terms common in review of administrative decisions particular examples of circumstances that may be generically described as patently unreasonable, the standard required to be established to warrant intervention of the Court on the grounds here alleged.

c'est-à-dire qu'elles ne s'appuient sur aucun élément de preuve ou principe juridique pertinent. C'est particulièrement vrai lorsqu'on ne peut pas dire que les décisions sont en corrélation avec la compétence du directeur, mais concernent plutôt des questions qui relèvent manifestement du pouvoir décisionnel discrétionnaire qu'il exerce en vertu de la loi habilitante et des conditions des ententes auxquelles il a donné son aval en vue de l'acquisition de la raffinerie par Ultramar, y compris les engagements pris par écrit par cette dernière.

Dans l'affaire *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pages 7 et 8, le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de la Cour, a fait les remarques suivantes:

C'est aussi une règle bien établie que les cours ne doivent pas s'ingérer dans l'exercice qu'un organisme désigné par la loi fait d'un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé. Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

Dans l'affaire *Gingras c. Canada*, [1990] 2 C.F. 68 (1^{re} inst.), à la page 88, mon collègue le juge Dubé a résumé en ces termes la jurisprudence canadienne relative au critère applicable dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision administrative discrétionnaire:

Les cours canadiennes à tous les niveaux ont réaffirmé à maintes reprises les critères interdépendants élaborés dans *Padfield*. À l'instar de la Chambre des lords, elles ont également conclu qu'une autorité administrative abuse de son pouvoir lorsqu'elle agit pour des fins impropres, autres que celles prévues par la loi, ou selon des principes erronés ou en tenant compte des considérations étrangères à la loi et non pertinentes, ou en omettant de tenir compte des considérations pertinentes, ou de façon arbitraire, déraisonnable ou discriminatoire. [Renvois omis.]

Ces décisions expriment en termes courants dans le domaine du contrôle judiciaire de décisions administratives des exemples particuliers de circonstances qui peuvent être collectivement qualifiées de manifestement déraisonnables, c'est-à-dire la norme qui doit être établie pour justifier l'intervention de la

Cour sur la base des motifs invoqués dans la présente espèce.

29 The primary ground upon which judicial review would be sought is expressed in the applicant's written submissions of March 5, 1996 (at page 25), thus:

... the Director erred when he accepted a revised definition of "refinery" contrary to the understanding of all parties and the February 6, 1990 Consent Order of the Competition Tribunal. The Respondent Ultramar could not have complied with the September 25, 1993 undertaking when it offered only part of the refinery for sale. The Director further erred when he took into account irrelevant considerations such as industry practice with respect to the sale of refineries, rather than the express terms of the September 25, 1993 undertaking.

30 In essence the argument is that since the Competition Tribunal's consent order in February 1990 described the refinery, as including the refinery and related dock and terminal facilities with storage capacity, the Director erred in finding compliance by Ultramar with its 1993 undertakings to publicly market the refinery when it failed to include the dock and terminal and related storage capacity in the package which it offered for sale as the refinery.

31 Submissions on behalf of Ultramar urge that the Union's allegation, that the Director failed to apply the definition of the refinery as set out in the 1990 consent order of the Tribunal, is not borne out by examination of the decision. That indicated the Director took account of submissions of interested parties that "sale of the refinery should include terminal and dock facilities, as was the case in the 1990 sale to Ultramar", but the decision noted, however, that he was satisfied that the asset package offered was adequate. The Director also notes in his decision, describing the public marketing campaign of the refinery, that Ultramar offered for sale "the refinery processing units . . . indicating that it would make available to the purchaser necessary capacity at the terminal and access to the dock for operation

29 Le principal motif qui serait invoqué pour obtenir le contrôle judiciaire de la décision attaquée est ainsi formulé dans les observations écrites du requérant en date du 5 mars 1996 (à la page 25):

[TRADUCTION] . . . le directeur a commis une erreur en acceptant une définition modifiée de la «raffinerie» qui va à l'encontre de l'entente liant toutes les parties et de l'ordonnance par consentement en date du 6 février 1990 rendue par le Tribunal de la concurrence. L'intimée Ultramar ne peut pas avoir respecté l'engagement du 25 septembre 1993 en offrant en vente seulement une partie de la raffinerie. Le directeur a en outre commis une erreur en tenant compte de considérations dénuées de pertinence comme la pratique de l'industrie en ce qui a trait à la vente de raffineries, plutôt que des conditions expresses de l'engagement pris le 25 septembre 1993.

30 En gros, le requérant prétend que puisque l'ordonnance par consentement de février 1990 du Tribunal de la concurrence définit la raffinerie comme les installations de raffinage et les installations terminales et de mouillage connexes incluant une capacité de stockage, le directeur a eu tort de conclure qu'Ultramar s'est conformée aux engagements qu'elle a pris en 1993 d'offrir publiquement en vente la raffinerie étant donné qu'elle n'a pas inclus les installations terminales et de mouillage et la capacité de stockage connexe dans l'ensemble qu'elle a offert en vente comme la raffinerie.

31 Ultramar soutient que l'examen de la décision du directeur ne corrobore pas l'affirmation du syndicat selon laquelle le directeur n'a pas appliqué la définition de la raffinerie qui est donnée dans l'ordonnance par consentement de 1990 du Tribunal. Il ressort de cette décision que le directeur a pris en considération les observations des parties intéressées selon lesquelles la [TRADUCTION] «vente de la raffinerie devrait englober les installations terminales et de mouillage, comme c'était le cas lorsqu'Ultramar a acheté la raffinerie en 1990», mais que celui-ci était convaincu que l'ensemble d'éléments d'actif offert en vente était suffisant. Le directeur mentionne également dans sa décision, en ce qui a trait à la campagne publique de marketing dont la raffinerie a fait l'objet, qu'Ultramar a offert en vente [TRADUC-

of the refinery on commercial terms". In my view, the Union was not in error in assuming the entire refinery as described in the 1990 consent order was not offered for sale by Ultramar. While there was some discussion of purchase of the entire refinery and terminal, with Scotia Synfuels in October 1995, it seems clear to me that the Director's decision sets out that Ultramar's marketing effort prior to that was related to the processing facilities, excluding the dock and terminal.

- 32 Nevertheless, the Union's argument on its primary ground for judicial review would be dependant upon finding that the Director was bound to accept the description of the Eastern Passage refinery set out in the 1990 consent order in his assessment of whether Ultramar had met its undertakings. In submissions of March 5, 1996 on behalf of the Union it is urged:

... the director completely ignored the definition of refinery which all parties to the Consent Order of the Competition Tribunal, and Ultramar as the eventual purchaser pursuant to that order, operated under. While the Applicant recognizes that the undertakings are not part of the Consent Order, but for the Consent Order no undertakings would have been made. The Director gains his authority for the undertakings from the terms of the Consent Order. The definition of "refinery" contained in the Consent Order governs the determination of whether the Respondent Ultramar complied with the September 25, 1993 undertaking.

- 33 In my opinion, this ground urged by the Union has no reasonable chance of success if argument were to be made in full in proceedings for judicial review. As counsel for Ultramar points out there are already two decisions, one by the Competition Tribunal and one by this Court which have found that the undertakings by Ultramar to the Director were not a part of the consent order of 1990, and the terms of the consent order, while providing a

TION] «les unités de traitement de la raffinerie et a indiqué qu'elle mettrait à la disposition de l'acheteur la capacité nécessaire au terminal et donnerait accès aux installations de mouillage de manière à permettre l'exploitation de la raffinerie à des conditions commerciales». À mon avis, le syndicat n'a pas eu tort de supposer qu'Ultramar n'a pas offert en vente toute la raffinerie décrite dans l'ordonnance par consentement de 1990. Même si des pourparlers ont eu lieu en octobre 1995 avec Scotia Synfuels relativement à l'achat de toute la raffinerie et du terminal, il me paraît évident à la lecture de la décision du directeur que les efforts de marketing faits par Ultramar avant ces pourparlers se rapportaient aux installations de traitement, à l'exclusion des installations terminales et de mouillage.

- Cependant, le raisonnement du syndicat relativement à son principal motif de contrôle judiciaire serait subordonné à la conclusion que le directeur était tenu d'accepter la définition de la raffinerie d'Eastern Passage contenue dans l'ordonnance par consentement de 1990 lorsqu'il a examiné la question de savoir si Ultramar a respecté ses engagements. Dans les observations qu'il a présentées le 5 mars 1996, le syndicat soutient:

[TRADUCTION] ... le directeur n'a tenu aucun compte de la définition de la raffinerie qui liait toutes les parties à l'ordonnance par consentement rendue par le Tribunal de la concurrence, et Ultramar en tant que futur acheteur aux termes de cette ordonnance. Le requérant reconnaît que les engagements ne font pas partie de l'ordonnance par consentement, mais n'eût été cette ordonnance, aucun engagement n'aurait été pris. Le directeur tire son pouvoir vis-à-vis des engagements des conditions de l'ordonnance par consentement. La définition de la «raffinerie» contenue dans l'ordonnance par consentement régit le règlement de la question de savoir si l'intimée Ultramar a respecté l'engagement pris le 25 septembre 1993.

- À mon avis, il s'agit d'un motif qui n'a aucune chance raisonnable de succès s'il était débattu à fond dans une demande de contrôle judiciaire. Comme l'avocat d'Ultramar le fait remarquer, il existe déjà deux décisions, l'une rendue par le Tribunal de la concurrence et l'autre par la Cour, qui ont conclu que les engagements pris par Ultramar envers le directeur ne font pas partie de l'ordonnance par consentement de 1990 et que les conditions de cette

general framework for the Director's discretion within authority vested in him by the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34], were not the source of his authority in relation to the undertakings given by Ultramar. The source of his authority in that regard was the enabling statute and the undertakings themselves. (See: *Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Imperial Oil Limited*, *supra*; and *Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*, *supra*, at pages 746-750.)

ordonnance, bien qu'elles fournissent un cadre général pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34], confère au directeur, ne constituent pas la source du pouvoir de ce dernier en ce qui a trait aux engagements pris par Ultramar. La source du pouvoir du directeur à cet égard est la loi habilitante et les engagements eux-mêmes. (Voir: *Canada (Loi sur la concurrence: Directeur des enquêtes et recherches) c. Imperial Oil Limited*, précité, et *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*, précité, aux pages 746 à 750.)

34 In my opinion, the applicant's argument, that the description of the refinery as set out in the consent order is binding on the Director in assessing Ultramar's compliance with its undertakings, relies on an implication that the Director's authority in relation to the undertakings derives from the consent order. Since that perception has already been rejected twice, I see no reasonable chance of success if the argument were to be heard again.

Selon moi, la thèse du requérant, qui veut que la définition de la raffinerie prévue dans l'ordonnance par consentement lie le directeur pour ce qui est de déterminer si Ultramar a respecté ses engagements, repose sur un sous-entendu, à savoir que le pouvoir du directeur en ce qui a trait aux engagements découle de l'ordonnance par consentement. Comme cette idée a déjà été rejetée à deux reprises, j'estime que le syndicat n'a aucune chance raisonnable d'avoir gain de cause si cet argument était plaidé une fois de plus.

35 The Union further argues that the Director exceeded his jurisdiction by taking into account irrelevant considerations of industry practice in assessing whether the asset package offered for sale as the refinery by Ultramar was adequate. The argument is in large part interrelated with the perception that Ultramar's 1993 undertakings, and the Director's assessment of compliance with them, required that the refinery marketed by Ultramar be as it was described in the 1990 consent order. If, as I see it, that is not a requirement, there can be little argument that the industry practice is irrelevant.

Le syndicat soutient en outre que le directeur a outrepassé sa compétence en tenant compte de facteurs touchant la pratique de l'industrie qui étaient dénués de pertinence pour déterminer si l'ensemble d'éléments d'actif offert en vente comme la raffinerie par Ultramar était suffisant. Cet argument est dans une large mesure étroitement lié à l'idée que les engagements pris par Ultramar en 1993, et l'examen du respect de ces engagements par le directeur, exigeaient que la raffinerie offerte en vente par Ultramar corresponde à la définition donnée dans l'ordonnance par consentement de 1990. S'il ne s'agit pas d'une condition, ce qui me paraît être le cas, on peut difficilement soutenir que la pratique de l'industrie est sans importance.

36 Moreover, as I set out in *Nova Scotia (Attorney General) v. Ultramar Canada Inc.*, *supra*, at page 750, by their nature the undertakings given by Ultramar in 1990 and 1993 were made to the Director and specifically agreed to be a contract between them. The undertakings play a particular role in the

Qui plus est, comme je l'ai déclaré dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada Inc.*, précitée, à la page 750, de par leur nature, les engagements de 1990 et de 1993 ont été pris envers le directeur et Ultramar a explicitement convenu qu'ils constituaient un contrat entre elle et

arrangements here made but ultimately they may be questioned or enforced only by one of the two parties to them, the Director and Ultramar. Where they are agreed on their interpretation, a different interpretation offered by others, though they be vitally interested in the matter, cannot be given credence by the Court except perhaps in most extraordinary circumstances, and none are here suggested.

37 I am not persuaded that the applicant can establish that the decision of the Director, in assessing the asset package offered for sale as the refinery by Ultramar in light of the latter's 1993 undertakings, was patently unreasonable. Thus, I consider the applicant has no reasonable chance of success in arguing this ground for judicial review.

38 As a further ground for judicial review, as set out in the application in Court file T-208-96 which was withdrawn, and in its written submissions of March 5, 1996, the Union urges the Director erred when he found Ultramar had complied with its undertaking to publicly market the refinery without any unreasonable restriction on the price.

39 The basis of the error alleged is the Union's view that Ultramar, by failing to indicate the price for which it was willing to sell the refinery, unreasonably restricted the price by refusing to disclose it completely. That argument was addressed to the Director in the Union's written submissions before his decision was made but it is now said that he did not address that submission, and he erred in the decision that he did make.

40 I am not persuaded that the Director can be said to have overlooked this submission. In his decision he does refer to the submissions made by the Union, among others, though not specifically to this particu-

le directeur. Les engagements jouent un rôle particulier dans les arrangements qui ont été pris, mais, en définitive, ils peuvent être contestés ou exécutés uniquement par l'une des deux parties visées, à savoir le directeur et Ultramar. Lorsque ces deux parties s'entendent sur leur interprétation, la Cour ne peut pas souscrire à une interprétation différente émanant d'autres parties, même si elles sont profondément intéressées par l'affaire, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles, dont aucune n'a été mentionnée en l'espèce.

Je ne suis pas convaincu que le requérant peut démontrer que la décision rendue par le directeur après avoir examiné l'ensemble d'éléments d'actif offert en vente comme la raffinerie par Ultramar à la lumière des engagements pris par cette dernière en 1993 est manifestement déraisonnable. Par conséquent, j'estime que le requérant n'a aucune chance raisonnable d'avoir gain de cause en plaçant ce motif de contrôle judiciaire.

Le syndicat a soulevé un autre motif de contrôle judiciaire dans la demande versée au dossier T-208-96 qui a été retirée et dans ses observations écrites en date du 5 mars 1996. Il fait valoir que le directeur a commis une erreur en concluant qu'Ultramar a respecté l'engagement qu'elle a pris d'offrir publiquement en vente la raffinerie sans imposer de restriction déraisonnable quant au prix.

Le fondement de l'erreur alléguée par le syndicat réside dans l'opinion selon laquelle Ultramar, en omettant d'indiquer le prix auquel elle était disposée à vendre la raffinerie, a imposé une restriction déraisonnable quant aux prix en refusant de le divulguer complètement. Le syndicat a soumis cet argument au directeur dans les observations écrites qu'il lui a présentées avant le prononcé de la décision, mais il prétend maintenant que le directeur ne l'a pas examiné et a commis une erreur dans la décision qu'il a rendue.

Je ne suis pas convaincu qu'on puisse dire que le directeur n'a fait aucun cas de cet argument. Dans sa décision, il fait allusion aux observations présentées par le syndicat, parmi d'autres, mais pas à cet argu-

lar submission. His decision also includes the following references:

Ultramar did not place any asking price on the assets, indicating that it would consider any bids

. . .

They [interested parties] also argue that Ultramar's sales efforts have been inadequate, particularly its refusal to set a price for and offer the entire facility until the final discussions between Ultramar and Scotia

I infer that the Director was aware of this issue raised by the Union. The fact that he did not address it in his decision is not in itself a basis on which the Court would here intervene for there is no evidence or argument offered that would support a conclusion that the Director's decision is patently unreasonable in regard to this aspect of Ultramar's sales efforts and its undertakings, that is, that the refinery was offered for sale without unreasonable restriction on the price. Failure to set an asking price, in itself, cannot be characterized as unreasonably restricting the price, in my opinion, unless there be some general pattern that setting an asking price is a norm in selling refineries, or that failure to set the price unduly restricted interested buyers in the market, or some other factor that may be seen to have an adverse effect to be assessed as unreasonable. There is no evidence of either of those examples, or of any other basis, that would support a conclusion that the Director, in exercise of his discretion, was patently unreasonable.

41 Finally, the applicant urges that the Director erred in concluding there was no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation.

42 The Director's decision review's Ultramar's marketing effort and the interest generated in purchase of the refinery. He concluded that it was "clear that

ment en particulier. Sa décision renferme également les remarques suivantes:

[TRADUCTION] . . . Ultramar n'a fixé aucun prix de départ pour les éléments d'actif et a indiqué qu'elle étudierait les offres.

. . .

Elles [les parties intéressées] affirment en outre que les efforts faits par Ultramar pour vendre la raffinerie ont été insuffisants, en particulier eu égard au refus de celle-ci de fixer un prix et d'offrir en vente l'installation complète avant que n'aient lieu les derniers pourparlers avec Scotia . . .

J'en déduis que le directeur était au courant de cette question qui a été soulevée par le syndicat. Le fait qu'il n'en a pas parlé dans sa décision n'est pas, en soi, un motif qui justifierait la Cour d'intervenir en l'espèce, car aucune preuve ni aucun argument n'a été offert au soutien de la conclusion que la décision du directeur serait manifestement déraisonnable relativement à cet aspect des efforts faits par Ultramar pour vendre la raffinerie et de ses engagements, c'est-à-dire que la raffinerie a été offerte en vente sans restriction déraisonnable quant au prix. Selon moi, on ne peut pas qualifier de restriction déraisonnable quant au prix le défaut d'Ultramar de fixer un prix de départ, à moins qu'il n'existe une tendance générale voulant que la fixation d'un prix de départ soit une norme en ce qui concerne la vente de raffineries, ou que le défaut de fixer un prix n'ait limité indûment des acheteurs intéressés sur le marché, ou encore qu'un autre facteur pouvant être considéré comme ayant un effet défavorable ne soit jugé déraisonnable. Rien ne permet d'établir l'existence de l'une de ces circonstances ou d'un autre motif permettant de conclure que le directeur, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a rendu une décision manifestement déraisonnable.

Enfin, le requérant prétend que le directeur a eu tort de conclure qu'il n'existait aucune manifestation légitime d'intérêt quant à l'achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation. 41

Dans sa décision, le directeur examine les efforts de marketing d'Ultramar et l'intérêt suscité par l'achat de la raffinerie. Il arrive à la conclusion qu'il 42

all known likely purchasers of the refinery were made aware of the sale”, and no dispute arises about that conclusion. Yet, ultimately there was only one possible purchaser, Scotia Synfuels Limited, that expressed any serious interest. Its interest, and the terms upon which it was advanced, are discussed in the Director’s decision. After summarizing his reasons, the decision sets out his conclusion that “On balance, I do not consider the interest expressed by Scotia to be a legitimate interest for the continued operation of the refinery as a business in Canada”, and further, that he was of the view that “there is no legitimate expression of interest to purchase the refinery and continue its operation”.

43 The principal basis of the Union’s argument that this conclusion was an error is that the asking price indicated by Ultramar late in the process was unreasonable and the Director failed to assess whether that price “was reasonable in and of itself, rather than focusing on the alleged shortcomings of the offer by Scotia Synfuels”. For the Union it is urged that the Ultramar asking price was unreasonable in that it was based on replacement cost of an operating refinery; here the refinery was not operating, a factor that, it is suggested, ought to be reflected in a lower cost in light of considerable turnaround work and money required for the refinery to be a viable operation. Yet when one examines the reasons set out by the Director for concluding that there was no legitimate interest in continued operation of the refinery (which are not here reproduced), he does refer to turnaround costs, to environmental liability upon which Scotia Synfuels would limit its commitments, to Scotia’s failure to agree to purchase on an “as is, where is” basis and other factors in support of his conclusion. I am not persuaded that his assessment of factors of significance in the bargaining over price for the refinery, between Scotia Synfuels and Ultramar, is any less appropriate than that which the Union would have him adopt. In short, it seems to me that in this respect at least, the Director’s decision, one made in the exercise of his administrative discretion,

ne fait aucun doute [TRADUCTION] «que tous les acheteurs probables connus de la raffinerie ont été mis au courant de la vente», et personne ne conteste cette conclusion. Malgré tout, il n’y a eu, en fin de compte, qu’un seul acheteur potentiel qui s’est intéressé sérieusement à la raffinerie, à savoir Scotia Synfuels Limited. Dans sa décision, le directeur aborde cet intérêt et les conditions s’y rattachant. Après avoir résumé ses motifs, il arrive à la conclusion suivante: [TRADUCTION] «Tout compte fait, je ne considère pas l’intérêt manifesté par Scotia comme un intérêt légitime en ce qui a trait au maintien de la raffinerie comme entreprise en pleine exploitation au Canada», et il ajoute que, selon lui, [TRADUCTION] «il n’existe aucune manifestation légitime d’intérêt quant à l’achat de la raffinerie et au maintien de son exploitation».

Le principal moyen invoqué par le syndicat lorsqu’il affirme que cette conclusion est erronée est que le prix de départ qu’Ultramar a fixé vers la fin du processus était déraisonnable et que le directeur n’a pas examiné la question de savoir si ce prix [TRADUCTION] «était raisonnable en soi, au lieu de mettre l’accent sur les lacunes présumées de l’offre faite par Scotia Synfuels». Le syndicat soutient que le prix de départ fixé par Ultramar était déraisonnable parce qu’il a été établi en fonction de la valeur de remplacement d’une raffinerie en exploitation; dans la présente espèce, la raffinerie n’était pas en exploitation, et c’est un facteur qui, selon le syndicat, devrait commander un prix moins élevé vu les nombreux travaux de remise en œuvre et les sommes considérables que nécessite la raffinerie pour devenir une entreprise qui a des chances de réussir. Pourtant, lorsqu’on s’arrête aux motifs fournis par le directeur pour conclure qu’il n’existe aucun intérêt légitime en ce qui a trait au maintien en exploitation de la raffinerie (ces motifs ne sont pas reproduits dans les présents motifs), on s’aperçoit qu’il fait allusion aux coûts de remise en œuvre, à la responsabilité contre l’atteinte à l’environnement à l’égard de laquelle Scotia limiterait ses engagements, au refus de Scotia de convenir d’acheter la raffinerie «en l’état» et à d’autres facteurs au soutien de sa conclusion. Je ne suis pas convaincu que son analyse des facteurs importants dans les négociations qu’ont menées

cannot be said to be unreasonable, let alone patently unreasonable. The decision cannot be said to be made without some supporting reasons or evidence. How those reasons or that evidence is to be weighed in the decision is clearly within the Director's discretion.

Scotia et Ultramar sur le prix de la raffinerie est moins valable que celle que le syndicat voudrait qu'il fasse. Bref, il me semble que, sous ce rapport du moins, on ne peut pas dire que la décision que le directeur a prise dans l'exercice de son pouvoir administratif discrétionnaire est déraisonnable, encore moins manifestement déraisonnable. On ne peut pas dire que la décision a été rendue sans motifs ou éléments de preuve à l'appui. C'est incontestablement au directeur qu'il appartient de déterminer comment ces motifs ou ces éléments de preuve doivent être évalués dans la décision.

Conclusion

44 My conclusion is that the application for an extension of time to file the Union's application for judicial review should be dismissed. I am not persuaded that, if permitted to proceed, the applicant would have a reasonable chance of success in persuading the Court to intervene since, in my opinion, there is no likelihood that the Court would be so persuaded, with reference to any of the grounds suggested, that the Director, in the exercise of his administrative discretion, was patently unreasonable in his assessment that Ultramar had complied with the undertakings of September 1993.

Conclusion

J'arrive à la conclusion qu'il convient de rejeter la requête en prorogation du délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire soumise par le syndicat. Je ne suis pas convaincu que, s'il obtient la permission de se pourvoir en justice, le requérant aurait une chance raisonnable de parvenir à persuader la Cour d'intervenir puisque, selon moi, il est improbable que le syndicat puisse prouver à la Cour, au moyen de l'un ou l'autre des motifs proposés, que le directeur, dans l'exercice de son pouvoir administratif discrétionnaire, a rendu une décision manifestement déraisonnable en concluant qu'Ultramar a respecté les engagements pris en septembre 1993. 44

45 The applicant may sense at first blush that this decision conflicts with the general standard earlier set out as described by Thurlow C.J. in *Grewal, supra*, that is, the underlying consideration in a case such as this is whether in the circumstances an extension of time to commence proceedings is called for to do justice between the parties. In my opinion, that does not require that the Court waive the basic statutory rule limiting time to commence proceedings where the Court concludes the applicant, on the basis of the material and argument presented in support of the extension, has no reasonable chance of success, no arguable case, for judicial review. In so concluding, the applicant's evidence is essentially accepted as established, but when considered in light of what must be established in law to warrant relief, the applicant has no reasonable chance of success in

Le syndicat aura peut-être l'impression, à première vue, que cette décision va à l'encontre de la norme générale dont il a été question plus haut, telle que l'a énoncée le juge en chef Thurlow dans l'affaire *Grewal* précitée, c'est-à-dire que la considération sous-jacente en pareil cas est la question de savoir si, dans les circonstances, la prorogation du délai prévu pour former un recours est nécessaire pour que justice soit faite entre les parties. À mon avis, rien n'oblige la Cour à déroger à la règle législative fondamentale qui limite ce délai si elle conclut que le requérant, sur la base des éléments de preuve et des arguments présentés au soutien de la demande de prorogation, n'a aucune cause soutenable et n'a aucune chance raisonnable de succès dans une demande de contrôle judiciaire. En décidant ainsi, j'accepte essentiellement la preuve du requérant telle 45

an arguable case.

46 Where the Court so concludes, its responsibility, in the interests of justice between the parties, is to so say and to refuse an application for an extension of time. That responsibility is not easy. An applicant may well believe that, right or wrong, it is entitled to its day in court, to be heard in full in its argument. Yet if I am right, justice is now served, the uncertainty about possible revival of operations at the Eastern Passage refinery is now terminated, not favourably perhaps for the members of the applicant Union, but at least so that they can put behind them the possibilities of judicial intervention in support of their ultimate goal, to return to work at the refinery. If that goal is to be achieved it will be as a result of decisions of others, not of the courts.

47 Counsel for the applicant Union who made the error in calculating the time to file an application for judicial review may well be unhappy, but unless my decision is found to be in error it may ultimately be perceived as serving the long-term interests of the applicant that judicial review proceedings, with no reasonable prospect of success, did not proceed.

48 In the normal course no provision for costs is made in relation to an application for judicial review, in accord with Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)]. In this application for an extension of time to commence judicial review proceedings, it seems to me appropriate, particularly in the circumstances of this case, that each party bear its own costs. The order dismissing the application so provides.

qu'elle a été faite, mais compte tenu de ce qui doit être prouvé en droit pour justifier un redressement, je conclus que le requérant n'a aucune cause soutenable et qu'il n'a aucune chance raisonnable d'avoir gain de cause.

Lorsque la Cour parvient à une telle conclusion, elle a la responsabilité, dans l'intérêt de la justice entre les parties, de le dire et de rejeter la requête en prorogation de délai. Cette responsabilité n'est pas facile à assumer. Un requérant peut bien penser, à tort ou à raison, qu'il a le droit de comparaître en justice et de faire valoir tous ses arguments. Mais si je ne m'abuse, justice a été rendue et les doutes au sujet de la reprise possible des opérations à la raffinerie d'Eastern Passage ont été dissipés, peut-être pas à l'avantage des membres du syndicat requérant, mais au moins de manière à ce qu'ils puissent cesser d'envisager la possibilité d'une intervention judiciaire au soutien de leur objectif ultime, soit la reprise du travail à la raffinerie. Si cet objectif doit se réaliser, ce sera à la suite de décisions rendues non pas par les tribunaux, mais par d'autres parties.

Il est bien possible que l'avocat du syndicat requérant qui s'est trompé en calculant le délai de présentation de la demande de contrôle judiciaire soit mécontent, mais à moins qu'il ne soit établi que ma décision est mal fondée, on peut, en définitive, penser qu'il est dans l'intérêt à long terme du requérant qu'une demande de contrôle judiciaire n'ayant aucune chance raisonnable de succès n'ait pas suivi son cours.

En temps normal, il n'y a pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, conformément à la Règle 1618 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)]. Pour ce qui est de la présente requête en prorogation du délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire, il me paraît indiqué, en particulier dans les circonstances de l'espèce, que chaque partie supporte ses propres frais. C'est ce que prévoit l'ordonnance rejetant la requête.

A-683-94

A-683-94

Smith & Nephew Inc. (Respondent)**Smith & Nephew Inc. (intimée)**

v.

c.

Glen Oak Inc. and Dylex Limited, carrying on business as “BI-WAY” and/or “BI-WAY STORES” (Appellants)

Glen Oak Inc. et Dylex Limited, exerçant son activité sous la dénomination «BI-WAY» ou «BI-WAY STORES» (appelantes)

and

et

Beiersdorf AG (Necessary Party)**Beiersdorf AG (partie nécessaire)**

INDEXED AS: SMITH & NEPHEW INC. v. GLEN OAK INC. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SMITH & NEPHEW INC. c. GLEN OAK INC. (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Linden J.J.A.—Toronto, May 7 and 8; Ottawa, June 4, 1996.

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Linden, J.C.A.—Toronto, 7 et 8 mai; Ottawa, 4 juin 1996.

Trade marks — Infringement — Appeal from F.C.T.D. decision enjoining appellants from selling, distributing products bearing “Nivea” trade-marks — Respondent registered user, licensee of trade-marks — Marks, goodwill sold to Beiersdorf AG — Respondent could not assert rights other than those flowing from Act, status as licensee of registered “Nivea” marks — Appellants free to compete with respondent in Canadian market — Respondent's only rights as licensee, not as owner of trade-marks — Action in passing off under Trade-marks Act, s. 7 not available — Case law on passing off reviewed — Respondent failing to establish serious case.

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale interdisant aux appelantes de vendre et de distribuer des produits portant les marques de commerce «Nivea» — L'intimée est usager inscrit et titulaire d'une licence à l'égard de ces marques de commerce — Les marques et l'achalandage ont été vendus à Beiersdorf AG — L'intimée ne peut revendiquer d'autres droits que ceux qui découlent de la Loi et de sa qualité de titulaire de licence à l'égard des marques déposées «Nivea» — Les appelantes peuvent livrer concurrence à l'intimée sur le marché canadien — L'intimée n'a de droits qu'en qualité de titulaire de licence, non comme propriétaire des marques de commerce — L'action en imitation frauduleuse fondée sur l'art. 7 de la Loi sur les marques de commerce ne peut être exercée — Examen de la jurisprudence sur l'action en imitation frauduleuse — L'intimée n'a pas établi l'existence d'une question sérieuse à trancher.

This was an appeal from a Trial Division decision granting respondent's application for an interlocutory injunction to enjoin the appellants from selling and distributing products bearing the “Nivea” trade-marks. The appellants are importers and distributors of beauty products bearing the “Nivea” trade-mark, namely facial cream which is manufactured and put on the market by a Mexican affiliate of a German company, Beiersdorf AG (BDF). The respondent also markets in Canada goods bearing the “Nivea” trade-mark which are manufactured in the United States by a wholly owned subsidiary of BDF. At one time, the respondent had been the owner of the Canadian trade-marks, as well as of the goodwill associated with the Nivea name and distinctive get-up, but that situation ceased in 1992 when the marks and goodwill were sold to BDF and the respondent became a registered

Il s'agit d'un appel formé contre un jugement de la Section de première instance qui a fait droit à la demande d'injonction interlocutoire de l'intimée visant à interdire aux appelantes de vendre et de distribuer des produits portant les marques de commerce «Nivea». Les appelantes sont importatrices et distributrices de produits de beauté portant la marque de commerce «Nivea», notamment une crème pour le visage fabriquée et mise en marché par une filiale mexicaine d'une société allemande, Beiersdorf AG (BDF). L'intimée met elle aussi en marché au Canada des produits portant la marque de commerce «Nivea», fabriqués aux États-Unis par une filiale en propriété exclusive de BDF. L'intimée a déjà été la propriétaire des marques de commerce canadiennes ainsi que de l'achalandage attaché à la marque Nivea et à sa présentation distinctive, mais cette situation a cessé en 1992 quand les marques et

user and licensee of BDF's marks. The issue on appeal was whether the respondent as licensee of Canadian registered trade-marks could assert any rights against persons importing, distributing and selling goods bearing those same trade-marks which the owner thereof has put into the stream of commerce.

Held, the appeal should be allowed.

The respondent could not assert rights other than those which may flow to it from the *Trade-marks Act* and its status as licensee of the registered Nivea marks. Neither could it bring a common law action for passing off. The purpose of a trade-mark is to distinguish and identify the origin of goods to which it is affixed. The respondent, as Canadian licensee and importer of goods bearing BDF's trade-marks, could not complain of the sale in Canada of other goods which are also manufactured by or under license from BDF and bear the same trade-marks. There could be no deception as to the origin of the goods, which are exactly what they purport to be, Nivea facial cream and soap, the quality and character of which are controlled by BDF. There was no evidence that the appellants have obtained the goods illegally and they had no obligation either in contract or under the provisions of the *Trade-marks Act* not to compete with the respondent in the Canadian market. The respondent's only rights were as licensee and not as owner of the trade-marks in question. It could not assert rights as a licensee against goods which, directly or indirectly, originate with its licensor.

The respondent could not assert rights to a statutory action in passing off under section 7 of the *Trade-marks Act* even if paragraph 7(b) had the reach contended for by it and created protection for other than unregistered trade-marks. The wares sold by the appellants and the respondent were not theirs but rather those of BDF. The latter alone owned the trade-mark and the goodwill associated with it and the statutory passing-off action, like its common law counterpart, could only be brought by it as the owner of such goodwill. The specific statutory rights which registration of a trade-mark vests in the owner or registered user thereof could not avail the respondent against goods emanating from the registered owner of the marks. In its application for an interlocutory injunction the respondent failed to establish that it had advanced a serious case to be met and such application should therefore have been dismissed.

l'achalandage ont été vendus à BDF et que l'intimée est devenue un usager inscrit des marques de BDF et a obtenu une licence à cet égard. Le présent appel porte sur la question de savoir si l'intimée, à titre de licenciée à l'égard de marques de commerce déposées au Canada, peut faire valoir des droits contre des personnes qui importent, distribuent et vendent des produits portant lesdites marques, qui ont été mis dans le circuit commercial par le propriétaire des marques.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

L'intimée peut faire valoir uniquement les droits que lui confèrent la *Loi sur les marques de commerce* et son statut de licenciée à l'égard des marques déposées Nivea. Elle ne peut non plus intenter une action en imitation frauduleuse fondée sur la common law. L'objet d'une marque de commerce est de distinguer les produits sur lesquels elle est apposée et d'en préciser la source. En tant que licenciée canadienne et importatrice de produits portant les marques déposées de BDF, l'intimée ne peut pas se plaindre de la vente au Canada d'autres produits qui sont aussi fabriqués par BDF ou en vertu d'une licence octroyée par BDF et qui portent les mêmes marques. Il ne peut pas y avoir de tromperie quant à la source des produits, qui sont exactement ce qu'ils sont censés être, une crème et un savon pour le visage Nivea dont la qualité et les caractéristiques sont contrôlées par BDF. Aucun élément de preuve n'établit que les appelantes ont obtenu les produits illégalement, et elles n'ont pas l'obligation soit par contrat ou aux termes des dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* de ne pas faire concurrence à l'intimée sur le marché canadien. L'intimée ne peut faire valoir de droits qu'à titre de licenciée et non de propriétaire des marques déposées en question. Comme licenciée, elle ne peut revendiquer de droits contre des produits qui, directement ou indirectement, proviennent de la société qui lui a octroyé sa licence.

L'intimée ne peut faire valoir qu'elle a le droit d'intenter une action en imitation frauduleuse sous le régime de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, même si l'alinéa 7b) avait la portée qu'elle lui attribue et protégeait autre chose que des marques non déposées. Les produits vendus par les appelantes et par l'intimée ne sont pas les leurs mais bien ceux de BDF. Cette dernière est la seule à posséder la marque déposée et l'achalandage attaché à cette marque, et l'action en imitation frauduleuse fondée sur la Loi, comme son équivalent de common law, ne pouvait être intentée que par elle à titre de propriétaire de cet achalandage. L'intimée ne pouvait pas faire valoir les droits précis que l'enregistrement d'une marque de commerce confère au propriétaire ou à l'utilisateur inscrit à l'encontre des produits provenant du propriétaire inscrit des marques. Dans sa demande d'injonction interlocutoire, l'intimée n'a pas établi l'existence d'une question sérieuse à trancher, et sa demande aurait donc dû être rejetée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/95-282, s. 5).

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "trade-mark", 7, 50 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan, [1924] A.C. 755 (P.C.); *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*, [1980] F.S.R. 85 (C.A.); *Bousquet v. Barmish Inc.* (1993), 46 C.P.R. (3d) 510; 150 N.R. 234 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al., [1960] Ex. C.R. 463; (1960), 32 C.P.R. 99; 19 Fox Pat. C. 204; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 213; 44 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

NOT FOLLOWED:

Mattel Canada Inc. v. GTS Acquisitions Ltd., [1990] 1 F.C. 462; (1989), 25 C.I.P.R. 150; 27 C.P.R. (3d) 358 (T.D.); *McCabe v. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 F.C. 290; (1989), 23 C.I.P.R. 64; 23 C.P.R. (3d) 498; 25 F.T.R. 186 (T.D.).

CONSIDERED:

Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd., [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Dumont Vins & Spiritueux Inc. v. Celliers du Monde Inc.*, [1992] 2 F.C. 634; (1992), 42 C.P.R. (3d) 197; 139 N.R. 357 (C.A.); *Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.*, [1984] 1 S.C.R. 583; (1984), 10 D.L.R. (4th) 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1; 54 N.R. 161.

REFERRED TO:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.).

APPEAL from a Trial Division decision granting respondent's application for an interlocutory injunction to enjoin the appellants from selling and distrib-

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «marque de commerce», 7, 50 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, tarif B (mod. par DORS/95-282, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan, [1924] A.C. 755 (P.C.); *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*, [1980] F.S.R. 85 (C.A.); *Bousquet c. Barmish Inc.* (1993), 46 C.P.R. (3d) 510; 150 N.R. 234 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al., [1960] R.C.É. 463; (1960), 32 C.P.R. 99; 19 Fox Pat. C. 204; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. c. Edan Foods Sales Inc.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 213; 44 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS NON SUIVIES:

Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions Ltd., [1990] 1 C.F. 462; (1989), 25 C.I.P.R. 150; 27 C.P.R. (3d) 358 (1^{re} inst.); *McCabe c. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 C.F. 290; (1989), 23 C.I.P.R. 64; 23 C.P.R. (3d) 498; 25 F.T.R. 186 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd., [1987] 3 C.F. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 17 C.I.P.R. 263; 14 C.P.R. (3d) 314; 12 F.T.R. 317; 80 N.R. 9 (C.A.); *Dumont Vins & Spiritueux Inc. c. Celliers du Monde Inc.*, [1992] 2 C.F. 634; (1992), 42 C.P.R. (3d) 197; 139 N.R. 357 (C.A.); *Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres*, [1984] 1 R.C.S. 583; (1984), 10 D.L.R. (4th) 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1; 54 N.R. 161.

DÉCISION CITÉE:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance accueillant la demande d'injonction interlocutoire de l'intimée visant à interdire aux appelantes

uting products bearing the "Nivea" trade-marks. Appeal allowed.

COUNSEL:

Frank Farfan and Robert Nakano for appellants.

D. Doak Horne and Ferne Cohen for respondent.

SOLICITORS:

MacBeth & Johnson, Toronto, for appellants.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 HUGESSEN J.A.: This is a classic case of "grey marketing." The appellants Glen Oak and Dylex are respectively the importer/distributor and the retailer of certain products, particularly facial cream and facial soap, bearing the well-known trade-mark "Nivea". That trade-mark is the subject of several registrations in Canada all of which are owned by the German company Beiersdorf AG (widely known, described and hereinafter referred to as BDF) which is shown in the style of cause as the "necessary party". The respondent (plaintiff) Smith & Nephew Inc. (Smith & Nephew) was the registered user¹ and is now a licensee of those trade-marks.

2 The facial cream imported and distributed by Glen Oak and retailed by Dylex bearing the "Nivea" trade-mark is manufactured and put on the market by a Mexican affiliate or subsidiary of BDF. Its packaging and labelling indicate that Nivea is a "marca registrada" and that the goods originate with "BDF". The label also indicates that one of the ingredients is "*sol. formaldehido y acido citrico*".

3 As far as concerns the facial soap imported, distributed and retailed by the appellants, the packaging

de vendre et de distribuer des produits portant la marque de commerce «Nivea». Appel accueilli.

AVOCATS:

Frank Farfan et Robert Nakano pour les appelantes.

D. Doak Horne et Ferne Cohen pour l'intimée.

PROCUREURS:

MacBeth & Johnson, Toronto, pour les appelantes.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour l'intimée.

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

1 LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Voici un cas classique de commercialisation parallèle. Les appelantes Glen Oak et Dylex sont respectivement l'importateur/distributeur et le détaillant de certains produits, en particulier la crème et le savon pour le visage portant la marque de commerce bien connue «Nivea». Cette marque de commerce est l'objet de plusieurs enregistrements au Canada et dans chaque cas, le propriétaire est la société allemande Beiersdorf AG (très connue, ci-après désignée BDF), appelée dans l'intitulé de la cause «partie nécessaire». L'intimée (demanderesse) Smith & Nephew Inc. (Smith & Nephew) était l'utilisateur inscrit¹ de ces marques de commerce et est maintenant licenciée à cet égard.

2 La crème pour le visage importée et distribuée par Glen Oak et vendue au détail par Dylex sous la marque «Nivea» est fabriquée et mise sur le marché par une entreprise associée ou filiale mexicaine de BDF. Son emballage et son étiquetage indiquent que Nivea est une «marca registrada» et que la source de ce produit est «BDF». L'étiquette indique aussi que l'un des ingrédients est une «*sol. formaldehido y acido citrico*».

3 Quant au savon pour le visage importé, distribué et vendu au détail par les appelantes, l'emballage et

and labelling indicates that some of it was manufactured and put on the market by "Smith + Nephew", (the respondent's British parent is Smith & Nephew PLC) and some by Beiersdorf U.K. Ltd. The package indicates as well that the trade-mark "Nivea" is owned by Beiersdorf AG (BDF).

l'étiquetage indiquent qu'il est fabriqué et mis sur le marché en partie par «Smith + Nephew» (la société mère britannique de l'intimée est Smith & Nephew PLC) et en partie par Beiersdorf U.K. Ltd. L'emballage indique aussi que la marque de commerce «Nivea» appartient à Beiersdorf AG (BDF).

4 The goods which are marketed in Canada by the respondent as a licensee of the various Nivea trade-marks are imported by it from the United States where they are manufactured by Beiersdorf Inc. a wholly owned subsidiary of BDF. The facial cream imported from the United States does not contain any formaldehyde.

4 Les produits qui sont commercialisés au Canada par l'intimée à titre de licenciée à l'égard des diverses marques de commerce Nivea sont importés par celle-ci des États-Unis où ils sont fabriqués par Beiersdorf Inc., filiale en propriété exclusive de BDF. La crème pour le visage importée des États-Unis ne contient pas de formaldéhyde.

5 The present appeal is from a judgment of the Trial Division granting respondent's application for an interlocutory injunction to enjoin the appellants from selling and distributing products bearing the Nivea trade-marks together with various ancillary conclusions, including an order for delivery up.

5 Le présent appel a été formé contre un jugement de la Section de première instance qui a fait droit à la demande d'injonction interlocutoire de l'intimée visant à interdire aux appelantes de vendre et de distribuer des produits portant les marques de commerce Nivea, et comportant diverses conclusions accessoires, dont une ordonnance portant restitution des produits.

6 The Motions Judge gave no reasons to support his order. To make it, however, he had to be satisfied that the plaintiff had met the classic three-part test and established that it had a serious case, would suffer irreparable harm, and that the balance of convenience tilted in its favour.² While the appellants took issue with all three branches of the test,³ their only serious point is with regard to the first branch. That, in its turn, since the essential facts are not in issue, comes down to a pure question of law namely whether the plaintiff as licensee of Canadian registered trade-marks can assert any rights against persons importing, distributing and selling goods bearing those same trade-marks which the owner thereof has put into the stream of commerce. Counsel were able to refer us to only one decision,⁴ an interlocutory order by the Trial Division, which directly answers that question in the affirmative. In my view, and for reasons which I shall develop more fully, that case was wrongly decided.

6 Le juge des requêtes n'a pas motivé son ordonnance. Cependant, pour rendre celle-ci, il a dû être convaincu que la demanderesse avait satisfait au critère classique à trois volets et établi qu'il y avait une question sérieuse à trancher, qu'elle subirait un préjudice irréparable et que la balance des inconvénients penchait en sa faveur². Bien que les appelantes aient débattu les trois volets du critère³, leur seul argument valable concernait le premier volet. Or, comme les faits essentiels ne sont pas contestés, cet argument se résume à une pure question de droit, savoir si la demanderesse à titre de licenciée à l'égard de marques de commerce déposées au Canada peut faire valoir des droits contre des personnes qui importent, distribuent et vendent des produits portant lesdites marques qui ont été mis dans le circuit commercial par le propriétaire des marques. Les avocats n'ont pu citer qu'une décision⁴, une ordonnance interlocutoire de la Section de première instance, qui répond directement à la question par l'affirmative. À mon avis, pour les motifs que je vais exposer plus loin, cette affaire a été tranchée erronément.

7 At the outset it is clear, and counsel for the respondent acknowledged as much during argument, that Smith & Nephew, as plaintiff in the Trial Division, asserts and can assert no rights other than such as may flow to it from the *Trade-marks Act* and its status as licensee of the registered Nivea marks. It can bring no purely common law action for passing off in this Court. It is not necessary to decide if such an action could be brought in another court, but I would note that whereas, at one time, the respondent had been the owner of the Canadian marks, as well as of the goodwill associated with the Nivea name and distinctive get-up, that situation ceased in 1992 when the marks and goodwill were sold to BDF and the respondent became a registered user and licensee of BDF's marks. It is solely in that capacity that it comes before us.

8 As a licensee of the Nivea trade-marks, the respondent's rights are governed by section 50 of the *Trade-marks Act*:

LICENCES

50. (1) For the purposes of this Act, if an entity is licensed by or with the authority of the owner of a trade-mark to use the trade-mark in a country and the owner has, under the licence, direct or indirect control of the character or quality of the wares or services, then the use, advertisement or display of the trade-mark in that country as or in a trade-mark, trade-name or otherwise by that entity has, and is deemed always to have had, the same effect as such a use, advertisement or display of the trade-mark in that country by the owner.

(2) For the purposes of this Act, to the extent that public notice is given of the fact that the use of a trade-mark is a licensed use and of the identity of the owner, it shall be presumed, unless the contrary is proven, that the use is licensed by the owner of the trade-mark and the character or quality of the wares or services is under the control of the owner.

(3) Subject to any agreement subsisting between an owner of a trade-mark and a licensee of the trade-mark, the licensee may call on the owner to take proceedings for

7 Tout d'abord, il est clair, ce que les avocats de l'intimée ont reconnu durant leur plaidoyer, que Smith & Nephew, à titre de demanderesse devant la Section de première instance, ne fait valoir et ne peut faire valoir que les droits que lui confèrent la *Loi sur les marques de commerce* et son statut de licenciée à l'égard des marques déposées Nivea. Elle ne peut pas intenter devant la présente Cour une action purement de common law en imitation frauduleuse. Il n'est pas nécessaire de décider si une telle action pourrait être intentée devant une autre cour, mais je ferai remarquer que, si, à un moment donné, l'intimée a été la propriétaire des marques canadiennes et de l'achalandage attachée à la marque Nivea et à sa présentation distinctive, cette situation a cessé en 1992 quand les marques et l'achalandage ont été vendus à BDF et que l'intimée est devenue un usager inscrit des marques de BDF et a obtenu une licence à cet égard. C'est uniquement en cette qualité qu'elle se présente devant nous.

8 À titre de licenciée à l'égard des marques déposées Nivea, l'intimée possède des droits qui sont régis par l'article 50 de la *Loi sur les marques de commerce*.

LICENCES

50. (1) Pour l'application de la présente loi, si une licence d'emploi d'une marque de commerce est octroyée, pour un pays, à une entité par le propriétaire de la marque, ou avec son autorisation, et que celui-ci, aux termes de la licence, contrôle, directement ou indirectement, les caractéristiques et la qualité des marchandises et services, l'emploi, la publicité ou l'exposition de la marque, dans ce pays, par cette entité comme marque de commerce, nom commercial — ou partie de ceux-ci — ou autrement ont le même effet et sont réputés avoir toujours eu le même effet que s'il s'agissait de ceux du propriétaire.

(2) Pour l'application de la présente loi, dans la mesure où un avis public a été donné quant à l'identité du propriétaire et au fait que l'emploi d'une marque de commerce fait l'objet d'une licence, cet emploi est réputé, sauf preuve contraire, avoir fait l'objet d'une licence du propriétaire, et le contrôle des caractéristiques et de la qualité des marchandises et services est réputé, sauf preuve contraire, être celui du propriétaire.

(3) Sous réserve de tout accord encore valide entre lui et le propriétaire d'une marque de commerce, le licencié peut requérir le propriétaire d'intenter des procédures pour

infringement thereof, and, if the owner refuses or neglects to do so within two months after being so called on, the licensee may institute proceedings for infringement in the licensee's own name as if the licensee were the owner, making the owner a defendant.

9 Subsection 50(3) is of particular interest in the context of the present case for it makes it plain that the only rights that the respondent can exercise as a licensee of the Nivea trade-marks are those of the owner of those marks. From that, of course, it follows that any defences which would be available to the appellants against BDF in an action for trade-mark infringement launched by the latter is equally available to them against the respondent. To put the matter another way, the respondent, as a licensee of BDF, can assert no higher rights flowing from the latter's registered trade-marks than could its licensor.

10 The purpose of a trade-mark is to distinguish and identify the origin of goods to which it is affixed. This is made quite plain by the definition in section 2 of the Act:

2. In this Act,

...

“trade-mark” means

(a) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

11 Goods which originate in the stream of commerce with the owner of a trade-mark are not counterfeit or infringing goods simply because they may have arrived in a particular geographical market where the trade-mark owner does not wish them to be distributed. A classic statement of the law in this respect is found in the judgment of the Privy Council in *Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan*:⁵

There is nothing to prevent a tradesman acquiring goods from a manufacturer and selling them in competition with him, even in a country into which hitherto the manufacturer or his agent has been the sole importer. It is not

usurpation de la marque et, si celui-ci refuse ou néglige de le faire dans les deux mois suivant cette réquisition, il peut intenter ces procédures en son propre nom comme s'il était propriétaire, faisant du propriétaire un défendeur.

9 Le paragraphe 50(3) revêt un intérêt particulier dans le contexte du présent appel car il précise bien que les seuls droits que l'intimée peut exercer en qualité de licenciée à l'égard des marques déposées Nivea sont ceux du propriétaire de ces marques. Bien entendu, il s'ensuit que les appelantes pourraient faire valoir contre l'intimée tout moyen de défense qu'elles pourraient faire valoir contre BDF dans une action en contrefaçon de marque de commerce. Autrement dit, les droits relatifs aux marques déposées appartenant à BDF que l'intimée peut faire valoir en qualité de licenciée ne vont pas au-delà des droits que BDF pourrait faire valoir.

10 L'objet d'une marque de commerce est de distinguer les produits sur lesquels elle est apposée et d'en préciser la source. Voilà qui ressort à l'évidence de la définition donnée à l'article 2 de la Loi:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

«marque de commerce» Selon le cas:

a) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres;

11 Les produits qui sont mis dans le circuit commercial par le propriétaire d'une marque déposée ne sont pas des produits contrefaits simplement parce qu'ils sont arrivés sur un marché géographique donné sur lequel le propriétaire de la marque ne veut pas qu'ils soient distribués. L'exposé classique de l'état du droit sur ce point se trouve dans l'arrêt du Conseil privé *Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan*⁵:

[TRADUCTION] Rien n'empêche un commerçant d'acheter des produits à un fabricant et de les vendre en lui faisant concurrence, même dans un pays dans lequel le fabricant ou son représentant était auparavant le seul

likely to be a successful business operation, unless in some exceptional case. This is just such an exceptional case. The British American Tobacco Company, Ltd., might, when they sold this large consignment to the British Army canteen authorities, have required an undertaking that they should not be resold in India or to any one who could lawfully resell in India. This it appears not to have done; and then there arose the question of the disposal after the war of this large surplus stock.

The respondents, being unhampered by covenant, are selling goods manufactured by the British American Company as being what they are namely, Wills' Gold Flake cigarettes manufactured by that company. There is no untruth and no attempt to deceive. The appellant company says that all genuine Wills' Gold Flake cigarettes sold in India must be their goods. It may be answered that this has been so in times past as a mere matter of fact, and because the appellant company was protected by a covenant with the manufacturers; but not because it had a title to a monopoly which it could enforce against strangers to the covenant.

- 12 The present case also bears many similarities to the decision of the English Court of Appeal in *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*,⁶ where the imported goods differed in some respects, as they do here, from those distributed in the domestic United Kingdom market and had originated with another member of the corporate family of the trade-mark owner. In the words of Templeman L.J.:

A company which manufactures products in different countries cannot complain of infringement of the British trade mark in respect of goods manufactured abroad by that company. In *Champagne Heidsieck v. Buxton* (1930) 47 R.P.C. 28, the plaintiffs held a British trade mark and sold their products in England under the name Champagne Dry Monopole. They produced a Champagne Dry Monopole, distinguished by the addition of the word "Brut," intended for the continental market. Clauson J. held that the plaintiffs were not entitled to succeed in an action for infringement of trade mark against the defendants who purchased the champagne intended for the continent and imported that champagne into England. The learned judge accepted at page 36, line 37, the principle that

"The use of a mark by the defendant which is relied on as an infringement, must be a use upon goods which are not the genuine goods, i.e. those upon which the plaintiff's mark is properly used, for anyone may use the

importateur. Il y a peu de chances que son entreprise soit prospère, sauf exception. Il s'agit précisément d'une telle exception. La British American Tobacco Company, Ltd., aurait pu, quand elle a vendu ce lot important aux autorités de la cantine de l'armée britannique, exiger qu'elles s'engagent à ne pas le revendre en Inde ni à toute personne juridiquement habilitée à le revendre en Inde. Il semble qu'elle ne l'a pas fait; et c'est alors que s'est posée la question de l'écoulement de cet important stock excédentaire après la guerre.

Les intimées, n'ayant pas souscrit d'engagement, vendent des produits fabriqués par la British American Company comme tels — savoir des cigarettes Wills' Gold Flake fabriquées par cette société. Il n'y a pas de mensonge ni de tentative pour tromper. La société appelante dit que toutes les cigarettes Wills' Gold Flake authentiques vendues en Inde doivent être ses propres produits. Il est possible de répondre que cela a été le cas à une autre époque, et ce uniquement parce que la société appelante était protégée par un engagement souscrit par les fabricants; mais non parce qu'elle avait un droit à un monopole qu'elle pouvait exercer à l'encontre des tiers.

- La présente affaire ressemble également en bien des points à l'affaire *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*⁶, tranchée par la Cour d'appel d'Angleterre, dans laquelle les produits importés différaient à certains égards, comme en l'espèce, de ceux distribués sur le marché intérieur du Royaume-Uni et provenaient d'un autre membre du groupe dont faisait partie le propriétaire de la marque déposée. Le lord juge Templeman s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Une société qui fabrique des produits dans plusieurs pays ne peut pas se plaindre de l'usurpation de la marque déposée en Grande-Bretagne à l'égard de produits fabriqués à l'étranger par cette même société. Dans l'affaire *Champagne Heidsieck v. Buxton* (1930) 47 R.P.C. 28, les demanderessees possédaient une marque déposée et vendaient leurs produits en Angleterre sous l'appellation Champagne Dry Monopole. Elles produisaient un Champagne Dry Monopole distingué par l'ajout du mot «Brut» et destiné au marché continental. Le juge Clauson a décidé que les demanderessees ne pouvaient pas avoir gain de cause dans une action pour usurpation de marque déposée contre les défenderesses qui achetaient le champagne destiné au continent et l'importaient en Angleterre. Le juge a accepté, à la page 36, ligne 37, le principe que:

«Pour fonder une allégation d'usurpation, l'utilisation d'une marque par le défendeur doit être une utilisation de cette marque sur des produits qui ne sont pas des produits authentiques, c'est-à-dire sur lesquels la marque

plaintiff's mark on the plaintiff's goods since that cannot cause the deception which is the test of infringement."

13 And likewise, at pages 115-116:

In my judgment where a parent company chooses to manufacture and sell wholly or partly through a group of subsidiary companies in different parts of the world, products which bear the same trade mark and attract an international reputation, neither the parent nor any subsidiary can complain in the United Kingdom if those products are used, sold and re-sold under that trade mark. A purchaser of a Revlon product from a Revlon company in the United States or the United Kingdom or in any other part of the world, whether a Revlon company operates in that part of the world or not, is at least entitled to assume that he will not be sued by a Revlon company in the United Kingdom, or in Delaware or Venezuela or New York or anywhere else, merely because of the place of manufacture of the product which he has acquired under the name of REVLON. The purchaser may have no idea of the place of manufacture of the Revlon product or of the name of the company responsible for production or distribution, and he will only know that he is buying a Revlon product derived from a Revlon company. The legal ownership of the trade mark enables the proprietor in the interests of the Revlon group in general and Revlon Inc. in particular to protect in the United Kingdom the group Revlon reputation and goodwill by ensuring that no goods are sold under the name REVLON unless they are produced and labelled by a Revlon company. The legal ownership of the trade mark does not go further and enable a Swiss, American or Bermudan subsidiary Revlon company to ensure that the Revlon products of its American parent or other Revlon company are not sold within the territory of the United Kingdom.

14 In my view, the law in Canada is no different. Smith & Nephew as Canadian licensee and importer of goods bearing BDF's trade-marks cannot complain of the sale in Canada of other goods which are also manufactured by or under license from BDF and bear the same trade-marks. There can be no deception as to the origin of the goods, which are exactly what they purport to be, Nivea facial cream and soap whose quality and character is controlled by BDF. If the respondent is distressed that the goods imported by appellants are different in quality or character from those which it imports and obtains from BDF, or that they are in the Canadian marketplace at lower prices in direct competition with it, its complaint must surely be with BDF itself. There

du demandeur est apposée à bon droit, car toute personne peut utiliser la marque du demandeur sur les produits de ce dernier, cela ne pouvant pas causer la tromperie qui est le critère de l'usurpation».

Puis, il a ajouté ceci, aux pages 115 et 116:

[TRADUCTION] À mon sens, quand une société mère choisit de fabriquer et de vendre, en totalité ou en partie, par l'intermédiaire d'un groupe de filiales dans diverses régions du monde, des produits qui portent la même marque déposée et acquièrent une réputation internationale, ni la société mère ni une filiale ne peut se plaindre au Royaume-Uni si ces produits sont utilisés, vendus ou revendus sous cette marque. Celui qui achète un produit Revlon à une société Revlon aux États-Unis ou au Royaume-Uni ou dans une autre région du monde, qu'une société Revlon y ait un établissement ou non, a le droit à tout le moins de supposer qu'il ne sera pas poursuivi par une société Revlon au Royaume-Uni, au Delaware, au Venezuela, à New York ou à quelque endroit que ce soit, simplement en raison du lieu de fabrication du produit qu'il a acheté sous l'appellation REVLON. L'acheteur n'a peut-être aucune idée du lieu de fabrication du produit Revlon ou du nom de la société qui l'a fabriqué ou distribué et il sait seulement qu'il achète un produit Revlon provenant d'une société Revlon. La propriété de la marque déposée permet au propriétaire du groupe Revlon en général ou de Revlon Inc. en particulier de protéger au Royaume-Uni la réputation et l'achalandage du groupe Revlon en garantissant qu'aucun produit ne sera vendu sous l'appellation REVLON sauf s'il a été fabriqué et étiqueté par une société Revlon. La propriété de la marque déposée ne va pas au-delà et ne permet pas à une société suisse, américaine ou bermudienne filiale de Revlon de garantir que les produits Revlon de sa société mère américaine ou une autre société Revlon ne sont pas vendus sur le territoire du Royaume-Uni.

À mon avis, le droit canadien n'est pas différent. 14 En tant que licenciée canadienne et importatrice de produits portant les marques déposées de BDF, Smith & Nephew ne peut pas se plaindre de la vente au Canada d'autres produits qui sont aussi fabriqués par BDF ou en vertu d'une licence octroyée par BDF et qui portent les mêmes marques. Il ne peut pas y avoir de tromperie quant à la source des produits, qui sont exactement ce qu'ils sont censés être, une crème et un savon pour le visage Nivea dont la qualité et les caractéristiques sont contrôlées par BDF. Si l'intimée craint que la qualité et les caractéristiques des produits importés par les appelantes soient différentes de celles des produits qu'elle importe et obtient de BDF ou qu'ils soient offerts sur

is no evidence that the appellants have obtained the goods illegally and they have no obligation either in contract or under the provisions of the *Trade-marks Act* not to compete with the respondent in the Canadian market.

15 Before leaving this aspect of the case, I wish to emphasize the importance of the fact that the respondent's only rights are as licensee and not as owner of the trade-marks in question. Decisions in such cases as *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.*⁷ and *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Edan Foods Sales Inc.*,⁸ while perhaps open to question, turned on the fact that the Canadian subsidiaries of the multinationals concerned were the registered owners in Canada of the various trade-marks. That fact gives rise to different considerations and different problems. The question as to whether a Canadian subsidiary of a multinational can sufficiently distance itself from its parent so as to assert rights in a Canadian trade-mark owned by the subsidiary against persons importing similarly marked goods originating with the parent offshore is a difficult one which we do not have to answer here. Our situation is far simpler, and it is in my view manifest that the respondent cannot assert rights as a licensee against goods which, directly or indirectly, originate with its licensor.

16 This brings me, if I understand counsel correctly, to the respondent's assertion that quite apart from its right to sue for infringement as a licensee pursuant to subsection 50(3) it can assert rights to a statutory action in passing off under section 7 of the *Trade-marks Act*. That section reads:

7. No person shall

(a) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor;

le marché canadien à des prix plus bas et lui fassent une concurrence directe, c'est certainement auprès de BDF qu'elle doit se plaindre. Aucun élément de preuve n'établit que les appelantes ont obtenu les produits illégalement et elles n'ont pas l'obligation soit par contrat ou aux termes des dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* de ne pas faire concurrence à l'intimée sur le marché canadien.

15 Avant de passer à un autre aspect de l'affaire, je tiens à souligner l'importance du fait que l'intimée ne peut faire valoir ses droits qu'à titre de licenciée et non de propriétaire des marques déposées en question. Les décisions comme *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.*⁷ et *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. c. Edan Foods Sales Inc.*⁸, si elles sont peut-être discutables, reposaient sur le fait que les filiales canadiennes des multinationales en cause étaient les propriétaires inscrits au Canada des diverses marques déposées. Cela fait intervenir des facteurs différents et pose des problèmes différents. La question de savoir si une filiale canadienne d'une multinationale peut être assez indépendante de sa société mère pour faire valoir des droits sur une marque déposée au Canada dont elle est propriétaire contre des personnes qui importent des produits portant la même marque et provenant de la société mère outre-mer est difficile et n'a pas à être tranchée dans le cas qui nous occupe. La situation qui nous intéresse est beaucoup plus simple et il est indéniable, à mon sens, que l'intimée ne peut, en qualité de licenciée, faire valoir de droits contre des produits qui, directement ou indirectement, proviennent de la société qui lui a octroyé sa licence.

16 Voilà qui m'amène, si je saisis bien ce que soutiennent les avocats, à l'affirmation de l'intimée que, mis à part son droit d'intenter une action en contre-façon en qualité de licenciée conformément au paragraphe 50(3), elle peut faire valoir des droits à une action en imitation frauduleuse fondée sur l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* qui est ainsi conçu:

7. Nul ne peut:

a) faire une déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

(c) pass off other wares or services as and for those ordered or requested;

(d) make use, in association with wares or services, of any description that is false in a material respect and likely to mislead the public as to

(i) the character, quality, quantity or composition,

(ii) the geographical origin, or

(iii) the mode of the manufacture, production or performance

of the wares or services; or

(e) do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada.

17 The only relevant paragraphs for our purposes are 7(b) and 7(e).

18 Paragraph 7(e), however, is not available since it has been found to be unconstitutional by the Supreme Court of Canada, and this Court has recently confirmed, in *Bousquet v. Barmish Inc.*,⁹ that there is no room for any residual validity:

In *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.* (1976), 22 C.P.R. (2d) 1, 66 D.L.R. (3d) 1, [1977] 2 S.C.R. 134, Laskin C.J.C., for the majority, said [at p. 34]:

The position which I reach in this case is this. Neither s. 7 as a whole, nor s.7(e), if either stood alone and in association only with s. 53 [s. 53 gives a right of action for any act done contrary to the *Trade-marks Act.*], would be valid federal legislation in relation to the regulation of trade and commerce or in relation to any other head of federal legislative authority. There would, in such a situation, be a clear invasion of provincial legislative power. Section 7 is, however, nourished for federal legislative purposes in so far as it may be said to round out regulatory schemes prescribed by Parliament in the exercise of its legislative power in relation to patents, copyrights, trade marks and trade names. The subparagraphs of s. 7, if limited in this way, would be

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

d) utiliser, en liaison avec des marchandises ou services, une désignation qui est fausse sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde:

(i) soit leurs caractéristiques, leur qualité, quantité ou composition,

(ii) soit leur origine géographique,

(iii) soit leur mode de fabrication, de production ou d'exécution;

e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

Les seuls alinéas pertinents pour nos besoins sont 17 les alinéas 7b) et 7e).

Toutefois, l'alinéa 7e) ne peut être invoqué parce 18 qu'il a été jugé inconstitutionnel par la Cour suprême du Canada et que la présente Cour a confirmé récemment, dans l'arrêt *Bousquet c. Barmish Inc.*,⁹ qu'il n'y a pas de raison de lui reconnaître une quelconque validité résiduelle:

S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, (1976), 22 C.P.R. (2d) 1, 66 D.L.R. (3d) 1, [1977] 2 R.C.S. 134, le juge en chef Laskin a dit ceci [à la p. 34]:

En l'espèce, j'en viens à la conclusion suivante. Ni l'art. 7 dans son ensemble, ni l'alinéa e) considéré seul ou en relation avec l'art. 53 [l'art. 53 prévoit un droit d'action contre tout acte accompli contrairement à la *Loi sur les marques de commerce*], n'est une loi fédérale valide relative à la réglementation des échanges et du commerce ou une autre rubrique de compétence fédérale. Il y a empiètement sur la compétence législative provinciale dans la situation comme elle se présente. Toutefois l'art. 7 comprend des dispositions visant les fins de la loi fédérale dans la mesure où l'on peut les considérer comme un complément des systèmes de réglementation établis par le Parlement dans l'exercice de sa compétence à l'égard des brevets, du droit d'au-

sustainable, and, certainly, if s. 7(e) whose validity is alone in question here, could be so limited, I would be prepared to uphold it to that extent. *I am of the opinion, however . . . that there is no subject-matter left for s. 7(e) in relation to patents, copyright, trade marks and trade names when once these heads of legislative power are given effect under the preceding paragraphs of s. 7.*

(My emphasis.) In *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1987), 14 C.P.R. (3d) 314, 38 D.L.R. (4th) 544, [1987] 3 F.C. 544 (F.C.A.), MacGuigan J.A., for the court, in upholding the constitutionality of s. 7(b) and applying it in the case of a trade mark infringement, discussed that judgment. He said [at p. 323]:

I believe that a close reading of the Chief Justice's over-all analysis will also support the constitutionality of s. 7 (*apart from s-s. 7(e)*) when applied to "round out" the regulatory scheme of the Act.

(Again my emphasis.)

It is, in our view, clear that the trial judge in *McCabe v. Yamamoto & Co. (America) Inc.* (1989), 23 C.P.R. (3d) 498 at p. 507, [1989] 3 F.C. 290, 23 C.I.P.R. 64 (F.C.T.D.), misunderstood these decisions when he said, after reciting the above passage from *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*:

This finding, it may be suggested, possibly leaves open the argument that s. 7(e) may nevertheless be valid in respect of subject-matters which may not be dealt with under the other subsections of s. 7, so long as its application is in relation to patents, trade marks or copyrights.

19 I note that the Trial Division Judge, whose error in the *McCabe* [*McCabe v. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 F.C. 290 (T.D.)] case is quoted and commented on in the last paragraph of the cited passage, is the same Trial Division Judge who decided the case of *Mattel*, *supra*, and that his decision in the latter case appears to turn largely on his own previous decision and on his view of the validity and applicability of paragraph 7(e). As I have already indicated, *Mattel*, like *McCabe*, was for that reason wrongly decided.

20 There remains paragraph 7(b). Its validity has been upheld by this Court but only with reference to

teur, des marques de commerce et des noms commerciaux. Si les alinéas de l'art. 7 se limitaient à cela, ils seraient valides et, si l'al. e) qui est le seul dont la constitutionnalité soit contestée en l'espèce, pouvait être ainsi restreint, je serais certainement prêt, à maintenir dans cette mesure sa validité. *Je suis toutefois d'avis . . . que l'al. e) n'a plus d'objet à l'égard des brevets, du droit d'auteur, des marques de commerce et des noms commerciaux après que ces rubriques du pouvoir législatif ont été appliquées aux alinéas précédents.*

(C'est moi qui souligne.) Dans l'arrêt *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1987), 14 C.P.R. (3d) 314, 38 D.L.R. (4th) 544, [1987] 3 C.F. 544 (C.A.F.), le juge MacGuigan, au nom de la Cour d'appel, a analysé cet arrêt, confirmant la constitutionnalité de l'alinéa 7b) en l'appliquant à un cas de violation d'une marque de commerce. Il a dit [à la p. 323]:

Je crois qu'une lecture attentive de l'ensemble de l'analyse faite par le juge en chef appuiera le caractère constitutionnel de l'article 7 (*à l'exception de l'alinéa 7e)*) lorsqu'il sert à apporter un «complément» au système de réglementation établi par la Loi.

(C'est encore moi qui souligne.)

À notre avis, il est évident que, dans l'affaire *McCabe c. Yamamoto & Co. (America) Inc.* (1989), 23 C.P.R. (3d) 498 à la p. 507, [1989] 3 C.F. 290, 23 C.I.P.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.), le juge de première instance a mal compris ces décisions lorsqu'il a dit, après avoir cité le passage précédent de l'arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*:

On pourrait soutenir que cette conclusion n'interdit pas l'argument selon lequel l'alinéa 7e) peut être néanmoins valide à l'égard des matières qui ne peuvent être prévues aux autres alinéas de l'article 7, dans la mesure où il ne s'applique qu'aux brevets, aux marques de commerce et au droit d'auteur.

Je remarque que le juge de la Section de première instance, dont l'erreur dans la décision *McCabe* [*McCabe c. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 C.F. 290 (1^{re} inst.)] est relevée et commentée au dernier paragraphe du passage précité, est le même que celui qui a jugé l'affaire *Mattel*, précitée, et que sa décision dans celle-ci semble reposer en grande partie sur sa propre décision antérieure et sur son propre avis sur la validité et l'applicabilité de l'alinéa 7e). Je le répète, l'affaire *Mattel* comme l'affaire *McCabe* a été tranchée erronément pour ce motif.

Il reste l'alinéa 7b). Sa validité a été confirmée par la présente Cour mais seulement par rapport à la

the protection which it can give to an unregistered trade-mark. In *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*,¹⁰ MacGuigan J.A., speaking for the Court, said:

What is at issue is Parliament's right to create a civil remedy in relation to a trade mark not registered under the Act.

Paragraph 7(b) is a statutory statement of the common law action of passing off, which consisted of a misrepresentation to the effect that one's goods or services are someone else's, or sponsored by or associated with that other person. It is effectively a "piggybacking" by misrepresentation.

Halsbury's Laws of England (4th ed.), vol. 48, at page 99 states that "The action for passing off may have been recognised at common law as long ago as during the reign of Elizabeth I." However, only in equity was the exclusive right to use a trade name or mark protected in the absence of fraud, and in England the common law courts continued to require fraudulent intent until the fusion of the court of common law and equity. Halsbury further states, at p. 108:

155. Nature of goodwill. A passing-off action is now recognised as being a remedy for the invasion of a right of property, the property being in the business or goodwill likely to be injured by the misrepresentation rather than in the mark, name or get-up improperly used. "Goodwill" has been defined as the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business, the attractive force which brings in custom, and the one thing which distinguishes an old-established business from a new business at its first start.

At common law the right to a trade mark thus arose through the use of a mark by a business to identify its products to the public. There was no need for the business to register its mark in order to protect its right to use the trade mark and prevent the misuse of its trade mark by other businesses. The passing off action was the enforcement mechanism available for the protection of trade mark rights. Without the passing off action, common law trade mark rights would have little value.

The Canadian Act, as the statutory history set out by Laskin C.J.C. in the *MacDonald* case, *supra*, showed, has traditionally been concerned with the protection of unregistered as well as registered trade marks. In this it is like the *Copyright Act* . . . , whose coverage is broader than registered copyright. In both Acts what registration

protection qu'il peut accorder à une marque de commerce non déposée. Dans l'arrêt *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*¹⁰, le juge MacGuigan, J.C.A., au nom de la Cour, s'est exprimé dans ces termes:

Le point litigieux est le droit du Parlement de créer un recours civil relativement à une marque de commerce qui n'est pas déposée en vertu de la Loi.

L'alinéa 7b) reflète dans la Loi l'action en *passing off* issue de la *common law*, le *passing off* consistant à laisser croire que les biens ou les services d'une personne sont en réalité ceux d'une autre, ou que quelqu'un d'autre les offre ou y est associé. Il s'agit de fait de «parasiter» au moyen d'une déclaration tendant à induire en erreur.

Halsbury, dans son ouvrage intitulé *Laws of England* (4^e éd.), vol. 48, à la page 99, dit que [TRADUCTION] «L'action en *passing off* peut avoir été reconnue en *common law* depuis aussi longtemps que le règne d'Elizabeth I.» Toutefois, ce n'est qu'en *equity* qu'était protégé en l'absence de fraude le droit exclusif à l'usage d'un nom commercial ou d'une marque de commerce, et en Angleterre les tribunaux de *common law* ont continué à exiger l'intention frauduleuse jusqu'à la fusion des tribunaux de *common law* et d'*equity*. Halsbury dit ce qui suit à la page 108:

[TRADUCTION] **155. La nature du renom.** L'action en *passing off* est aujourd'hui reconnue comme un recours contre la violation du droit de propriété, cette propriété résidant davantage dans le commerce ou le renom susceptible d'être atteint par la fausse déclaration plutôt que dans la marque, le nom ou l'habillage utilisés abusivement. Le «renom» a été défini comme l'avantage propre au bon nom, à la réputation et aux contacts d'une entreprise, la force d'attraction qui attire la clientèle et cet actif incorporel qui distingue une entreprise bien établie d'une autre à ses débuts.

En *common law*, le droit sur une marque de commerce est donc issu de l'usage d'une marque par une entreprise pour désigner ses produits au public. L'entreprise n'avait pas à déposer sa marque pour protéger son droit de l'utiliser et prévenir l'usage abusif que pourrait en faire une autre entreprise. L'action en *passing off* était le recours disponible pour faire respecter les droits sur les marques de commerce. Sans l'action en *passing off*, les droits que reconnaît la *common law* sur les marques de commerce auraient peu de valeur.

Comme l'a démontré l'historique du juge en chef Laskin dans l'arrêt *MacDonald*, précité, la Loi canadienne a traditionnellement visé la protection de marques non déposées aussi bien que celle des marques déposées, ce en quoi elle se compare à la *Loi sur le droit d'auteur* . . . , dont le champ d'application dépasse le droit d'auteur

does is to provide additional benefits over and above those available at common law.

In reviewing the scheme of the Act in *Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357, at page 374; (1984), 1 C.P.R. (3d) 214 (T.D.), at page 228, Strayer J. said that "the *Trade Marks Act* in sections 1 to 11 defines and prescribes a number of rules concerning trade marks and the adoption thereof, without reference to registration. Thereafter, the Act only deals with registered trade marks." He adds: "Parliament by sections 1 to 11 of the *Trade Marks Act* has prescribed a regime concerning what constitutes a trade mark and the adoption thereof, whether registered or not."

In paragraph 7(b) Parliament has chosen to protect the goodwill associated with trade marks. In this way, as Chief Justice Laskin put it, it "rounds out" the statutory scheme of protection of all trade marks. As such, the civil remedy which it provides in conjunction with section 53 is "genuinely and *bona fide* integral with the overall plan of supervision": *Attorney General of Canada v. Québec Ready Mix Inc.*, *supra*, at pages 79 F.C.; 226 N.R.; 172 C.P.R. It has, in sum, a rational functional connection to the kind of trade marks scheme Parliament envisaged, in which even unregistered marks would be protected from harmful misrepresentations.

- 21 In *Dumont Vins & Spiritueux Inc. v. Celliers du Monde Inc.*,¹¹ Décaré J.A., for the Court, after quoting at length from the *Asbjorn* case, concluded:

It seems to me to follow from these reasons that paragraph 7(b) is valid in so far as the passing off action is connected to a trade mark, registered or not, but that it would not be valid in a case such as the one at bar in which the passing off action, as a result of the fact that the absence of an unregistered trade mark is *res judicata*, is not connected to any trade mark.

- 22 Furthermore, a reading of paragraph 7(b) indicates that it is of little assistance to the respondent in the circumstances of this case. No doubt the appellants, by the use of the Nivea trade-marks, are directing attention to the wares they sell in a way which may cause confusion with the wares sold by the respondent. But that is because in both cases the wares in question are not those of the appellants or the respondent respectively, but rather those of BDF. The latter alone owns the trade-mark and the good-

enregistré. Dans les deux lois, le rôle de l'enregistrement est d'offrir des avantages en sus de ceux que fournit la *common law*.

En traçant un aperçu de l'économie de la Loi dans l'arrêt *Royal Doulton Tableware Limited c. Cassidy's Ltée*, [1986] 1 C.F. 357, à la page 374; (1984), 1 C.P.R. (3d) 214 (1^{re} inst.), à la page 228, le juge Strayer a dit que «la *Loi sur les marques de commerce*, aux articles 1 à 11, définit et prescrit plusieurs règles relatives aux marques de commerce et à leur adoption, sans mentionner les règles relatives à l'enregistrement. Par la suite, la Loi porte uniquement sur les marques de commerce enregistrées.» Il ajoute plus loin: «le Parlement, par les articles 1 à 11 de la *Loi sur les marques de commerce*, a prescrit les règles relatives à ce qui constitue une marque de commerce et son adoption, que cette marque soit enregistrée ou non.»

Le Parlement, à l'alinéa 7b), entend protéger le renom associé aux marques de commerce. De la sorte, comme l'a dit le juge Laskin, cet alinéa est un «complément» du système de protection de toutes les marques de commerce établi par la loi. Ainsi, le recours civil qu'il prévoit, de concert avec l'article 53, se trouve à «véritablement faire partie intégrante du système global de surveillance»; voir *Procureur général du Canada c. Québec Ready Mix Inc.*, précité, aux pages 79 C.F.; 226 N.R.; 172 C.P.R. Il a, en somme, un lien rationnel et fonctionnel avec le système visant les marques de commerce envisagé par le Parlement, en vertu duquel même les marques non enregistrées seraient protégées contre la fraude.

- Dans l'arrêt *Dumont Vins & Spiritueux Inc. c. Celliers du Monde Inc.*¹¹, le juge Décaré, J.C.A., au nom de la présente Cour, après avoir cité un long extrait de l'arrêt *Asbjorn*, a conclu:

Il me paraît ressortir de ces motifs que l'alinéa 7b) est valide dans la mesure où l'action en *passing off* est reliée à une marque de commerce, enregistrée ou non, mais qu'il ne le serait pas dans un cas, comme en l'espèce, où l'action en *passing off*, du fait qu'il y a chose jugée relativement à l'absence de marque de commerce non enregistrée, n'est reliée à aucune marque de commerce.

- De plus, il se dégage de l'alinéa 7b) qu'il est de peu de secours pour l'intimée étant donné les circonstances de l'espèce. Il est certain que les appelantes, en utilisant les marques déposées Nivea, appellent l'attention sur les produits qu'elles vendent de manière à causer peut-être de la confusion entre ces produits et ceux de l'intimée. Mais c'est parce que, dans les deux cas, les produits en question ne sont pas ceux des appelantes ou de l'intimée respectivement, mais bien ceux de BDF. Cette dernière est

will associated with it and the statutory passing-off action, like its common law counterpart, can only be brought by it as the owner of such goodwill.

23 Thus, even if paragraph 7(b) had the reach contended for by respondent and created protection for other than unregistered trade-marks the respondent could not sustain such an action in this case.

24 Indeed, the action in passing off, whether statutory or common law, has not met with marked success as a weapon against grey marketing. In *Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.*,¹² Estey J., speaking for the Court said:

It is difficult, on first blush, to bring the conduct of the appellant within the concept of passing off. The appellant is selling precisely the same watch, coming from the same source, as the respondent. The watch is protected by a guarantee not in the respondent's name but in the name of the maker, Hattori. The quality of the product must have some bearing on the respondent's success and consequent development of business and goodwill in the trade. The watches sold in each branch of the trade, of course, were only and always those of Hattori. The respondent purports to bring itself within the classic definition of the doctrine by associating with the watch features which are unique to the selling technique employed by the respondent. The respondent is able to do this, so the argument goes, because of its contractual relationship with the supplier of Seiko watches, Hattori, which in turn supplies the respondent with the power of limiting the manufacturer's warranty to watches sold by dealers authorized by the respondent. Axiomatically, the appellant and persons (such as Woolco and K-Mart) who, according to the evidence, carry on a like business, are unable to merchandise the watches in this manner, as they are not authorized dealers. The problem facing the respondent is that the logical extension of this proposal grants to a vendor in the position of the respondent, a monopoly on the sale in Canada of a product to the same extent as it would enjoy if the product were subject to a patent of invention issued to the respondent under the *Patent Act* of Canada. A second *cul-de-sac* into which such a submission necessarily leads is that the common law, in its personal property sector, would thereby be recognizing a right to entail and control the sale of personal property, however legitimately acquired, where another person, in the position of the vendor, was also marketing the identical item of personal

la seule à posséder la marque déposée et l'achalandage attaché à cette marque, et l'action en imitation frauduleuse fondée sur la Loi, comme son équivalent de common law, ne peut être intentée que par elle à titre de propriétaire de cet achalandage.

23 En conséquence, même si l'alinéa 7b) avait la portée que lui attribue l'intimée et créait une protection pour autre chose que les marques non déposées, l'intimée ne pourrait pas avoir gain de cause dans une telle action en l'espèce.

24 En effet, l'action en imitation frauduleuse, fondée sur la loi ou la common law, n'a pas connu de succès marqué lorsqu'il s'agissait de lutter contre la commercialisation parallèle. Dans l'arrêt *Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres*¹², le juge Estey, parlant au nom de la Cour suprême, a dit ceci:

Il est difficile, au premier abord, de voir en quoi la conduite de l'appelante peut constituer du *passing off*. L'appelante vend précisément la même montre que l'intimée et la source en est exactement la même. La montre est protégée par une garantie non pas au nom de l'intimée, mais au nom du fabricant, Hattori. La qualité du produit doit être pour quelque chose dans la réussite de l'intimée et, partant, dans l'accroissement de son chiffre d'affaires et de son achalandage dans l'industrie. Dans chaque cas, les montres vendues étaient toujours et sans exception celles de Hattori. L'intimée essaie, en attribuant à la montre des caractéristiques propres à la méthode de vente employée par elle, d'établir que la théorie classique du *passing off* s'applique. Suivant l'argument de l'intimée, elle peut faire ce rapprochement à cause de son contrat avec Hattori, le fournisseur des montres Seiko, qui l'autorise à limiter la garantie du fabricant aux montres vendues par des concessionnaires agréés par l'intimée. Il va sans dire que l'appelante et les entités (comme Woolco et K-Mart) qui, d'après la preuve, exploitent le même genre d'entreprise, ne peuvent pas commercialiser les montres de cette façon, puisqu'elles ne sont pas des concessionnaires agréés. La faille dans l'argument de l'intimée est que, poussé à son aboutissement logique, il accorde à tout vendeur qui se trouve dans la situation de l'intimée le même type de monopole à l'égard de la vente au Canada d'un produit quelconque qu'aurait ce vendeur si le produit en question faisait l'objet d'un brevet d'invention délivré en vertu de la *Loi sur les brevets* du Canada. De plus, cet argument bute inévitablement contre un second obstacle, savoir qu'il entraîne la conclusion que la *common law* en matière de biens meubles reconnaît ainsi un droit d'imposer des restrictions à la vente de biens meubles, même légitimement acquis, chaque fois qu'une autre

property. Such a principle is foreign to our law. This right to control resale would, it follows, flow not only to the respondent and all others upon whom the manufacturer wishes to bestow this protection, but to the manufacturer Hattori which, on terms presumably satisfactory to itself, released these watches into the distribution stream which eventually carried them to the appellant. Ironically, the manufacturer, with the profits from its sale of these watches in its pocket, could then, if this is the law, restrain the appellant from reselling these watches. A third consequence would be an inevitable collision between such a result, on one hand, and the common law doctrine with respect to restraint of trade and free competition, on the other hand.

25 Likewise, in *Revlon v. Cripps*, *supra*, Templeman L.J. said, at page 112:

In any event, in my judgment there can be no passing off when products manufactured, named, labelled and put into circulation by a Revlon company are sold by the defendants without any alteration to the contents, name or label. The products sold by the defendants are what the defendants say they are.

26 In the same case the following comments of Buckley L.J., at page 101, are also instructive in the light of the respondent's contention that the goods imported and sold by the appellants, although originating with BDF, are of a different composition, character and quality from those which the respondent imports and sells:

The United States products in question have not hitherto been marketed here. They are, as the appellants say, of a different quality and class from the United Kingdom products. They have different ingredients. They serve, at least to some extent, a different function, being medicated preparations designed for the treatment of dandruff, whereas the United Kingdom products are non-medicated products designed to impart flexibility to the hair. The appellants say that manifestly the United States products in question are not the goods which have attracted the reputation associated with the mark in this country. Therefore, they contend, the use of the mark upon the United States products in question is a misrepresentation.

27 And later, at page 103:

personne, dans une situation analogue à celle du vendeur, vend des articles identiques. Ce principe est étranger à notre droit. Il s'ensuit que ce droit de limiter la revente pourrait être exercé non seulement par l'intimée et par tous les autres bénéficiaires de cette protection offerte par le fabricant, mais aussi par le fabricant Hattori qui, vraisemblablement à des conditions qui lui convenaient, a placé ces montres dans le réseau de distribution qui les a finalement acheminées jusqu'à l'appelante. Chose ironique, si la loi permettait cela, le fabricant, avec les profits de la vente de ces montres en poche, pourrait alors empêcher l'appelante de les revendre. Une troisième conséquence serait un conflit inévitable entre d'une part ce résultat et d'autre part les principes de *common law* relatifs aux restrictions à la liberté du commerce et à la libre concurrence.

De la même façon, dans l'arrêt *Revlon v. Cripps*, précité, le lord juge Templeman a dit ce qui suit, à la page 112:

[TRADUCTION] De toute façon, à mon sens, il ne peut pas y avoir de *passing off* quand des produits qu'une société Revlon a fabriqués, auxquels elle a donné une appellation, qu'elle a étiquetés et mis dans le circuit commercial sont vendus par les défenderesses sans modification de contenu, d'appellation ou d'étiquette. Les produits vendus par les défenderesses sont ce qu'elles déclarent qu'ils sont.

Dans le même arrêt, les observations qui suivent du lord juge Buckley, à la page 101, apportent aussi un éclairage utile à l'égard de l'argument de l'intimée que les caractéristiques, la qualité et la composition des produits importés et vendus par les appelantes, quoique provenant de BDF, sont différentes de celles des produits que l'intimée importe et vend:

[TRADUCTION] Les produits américains en question n'ont pas été commercialisés ici jusqu'à présent. Comme le disent les appelantes, ils sont de qualité et de catégorie différentes des produits du Royaume-Uni. Ils se composent d'ingrédients différents. Ils servent, du moins dans une certaine mesure, à un usage différent, étant des préparations médicamenteuses destinées à combattre les pellicules, tandis que les produits britanniques sont des compositions non médicamenteuses destinées à assouplir les cheveux. Les appelantes disent que les produits américains ne sont manifestement pas les produits qui ont acquis la réputation attachée à la marque dans ce pays. Par conséquent, selon elles, l'utilisation de la marque sur les produits américains en question constitue une déclaration trompeuse.

De même, les observations suivantes, à la page 103:

The United States products in question are products of that multi-national group produced in the United States. They appear to me to fall within the ambit of the relevant reputation. They are, like the United Kingdom products, preparations for imparting flexibility to the hair. They are further members of the group of products, designed for the washing and conditioning of various types of hair, to which the United Kingdom products and the identical American products belong. It has not been found inappropriate to deal in them in the United States for a period of about two years under the REVLON FLEX mark. In my judgment, the sale of the United States products in question in this country under that mark involves no more than a representation that those products are goods of the Revlon Group, as indeed they are. I consequently agree with the learned judge that the use of the mark in the United Kingdom on the United States products in question involves no misrepresentation of their commercial origin.

[TRADUCTION] Les produits américains en question sont des produits de ce groupe multinational fabriqués aux États-Unis. Il me semble qu'ils soient englobés dans la réputation pertinente. Ce sont, comme les produits britanniques, des préparations destinées à assouplir les cheveux. Ils font aussi partie du groupe de produits servant au lavage et au conditionnement de divers types de cheveu auquel appartiennent les produits britanniques et les produits américains identiques. Il n'a pas été jugé incorrect d'en faire le commerce aux États-Unis pendant deux ans sous la marque REVLON FLEX. À mon sens, la vente des produits américains en question dans ce pays sous cette marque n'implique rien de plus qu'une déclaration que ces produits sont des produits du groupe Revlon, ce qu'ils sont en réalité. Je souscris donc à la conclusion du juge de première instance que l'utilisation de la marque au Royaume-Uni sur les produits américains en question n'implique aucune déclaration trompeuse sur leur source commerciale.

28 In the *Consumers Distributing Co. Ltd. v. Seiko*, case, *supra*, at pages 612-613, Estey J. specifically noted and left open the question of the possible impact of a registered trade-mark on the result:

Dans l'arrêt *Consumers Distributing Co. Ltd. c. Seiko*, précité, aux pages 612 et 613, le juge Estey a fait mention explicitement de la question des conséquences possibles d'une marque déposée sur le résultat mais s'est abstenu de la trancher: 28

I do not want to leave this subject, dealing as it does with the marketing of manufactured goods identified by a registered trade mark, without stating that nothing was advanced herein by the respondent with reference to any rights flowing to it by way of a trade mark registered in the name of Hattori under the *Trade Marks Act* of Canada. . . . Indeed, Hattori would be a requisite plaintiff if any such claim were made. Perhaps the respondent, if it held an appointment as a registered user of the registered trade mark, registered under the *Trade Marks Act* of Canada, would have the requisite status: see *Fox on Copyright*, 2nd ed. 1967, at pp. 440-41. Neither condition here exists. We therefore are not confronted with the situation before the Exchequer Court in *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.*, [1960] Ex. C.R. 463.

Avant de quitter le sujet de la vente d'articles fabriqués identifiés par une marque de commerce déposée, je tiens à faire remarquer qu'en l'espèce l'intimée n'a soulevé aucun point portant sur les droits qu'elle peut avoir du fait qu'une marque de commerce a été inscrite au nom de Hattori en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* du Canada. . . . En fait, il aurait fallu alors que Hattori soit une demanderesse. Peut-être que si l'intimée était nommée usager inscrit de la marque de commerce déposée en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* du Canada, elle aurait à ce moment-là la qualité requise. Voir *Fox on Copyright* (2^e éd. 1967), aux pp. 440 et 441. Ici, ni l'une ni l'autre condition n'a été remplie. Il ne s'agit donc pas ici de la même situation que celle qui s'est présentée à la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.*, [1960] R.C. de l'É. 463.

29 I do not read those comments as opening the door to some kind of extended statutory passing-off action. On the contrary, I think that Estey J. was simply drawing attention to the fact that the case before him was not concerned with the specific statutory rights which registration of a trade-mark vests in the owner or registered user thereof. For the reasons that I have already indicated, those rights cannot avail the respondent against goods emanating from the registered owner of the marks.

Je n'interprète pas ces observations comme élargissant l'action en imitation frauduleuse fondée sur la loi. Au contraire, je crois que le juge Estey attirait simplement l'attention sur le fait que l'affaire dont il était saisie ne portait pas sur les droits précis que l'enregistrement d'une marque de commerce conformément à la loi confère au propriétaire ou à l'utilisateur inscrit. Pour les motifs que j'ai déjà donnés, l'intimée ne peut pas faire valoir ces droits à l'encontre des produits provenant du propriétaire inscrit des marques. 29

30 I conclude accordingly that as a matter of law the respondent's action could not succeed against the appellants who were importing and selling goods originating with the owner of the trade-marks, and clearly so marked. It follows that in its application for an interlocutory injunction the respondent failed to establish that it had advanced a serious case to meet and that such application should therefore have been dismissed.

31 Before leaving this matter, I wish to say a word on the question of costs. I have earlier in these reasons referred to the fact that the appellants did not hesitate to advance a number of arguments which were wholly unfounded in law or unsupported on the factual record. Amongst the most egregious examples:

1) It was argued that BDF might not have been given the full two months' notice required by subsection 50(3). Manifestly, that notice requirement is in the Act to protect the interests of the registered owner not those of the alleged infringer and the latter cannot be heard to argue its inadequacy;

2) It was argued that the respondent had merely alleged and not proven that it was a licensee of the BDF trade-marks. The affidavit filed in support of the original application for an injunction clearly states that the respondent is "the exclusive Canadian distributor and licensee of the Nivea product line and related trade-marks."¹³ That is not a mere allegation; it is evidence;

3) It was argued that it had not been shown that the facial cream imported and sold by the appellants contained formaldehyde, one of the differences between the American and Mexican products which was complained of by the respondent. Not only do the labels on the product imported from Mexico show that it contains a small quantity of formaldehyde, but some of the materials produced by the appellants themselves so indicate as well;¹⁴

4) It was argued that the interlocutory injunction went beyond what had been asked for. The words of

En conséquence, je conclus qu'en droit, l'intimée 30 ne pourrait pas avoir gain de cause dans son action contre les appelantes pour importation et vente de produits qui provenaient du propriétaire des marques déposées et portaient une marque indiquant clairement cette provenance. Il s'ensuit que l'intimée, dans sa demande d'injonction interlocutoire, n'a pas établi l'existence d'une question sérieuse à trancher et que cette demande aurait donc dû être rejetée.

Avant de terminer, je tiens à dire quelques mots 31 sur la question des dépens. J'ai mentionné précédemment le fait que les appelantes n'ont pas hésité à avancer un certain nombre d'arguments qui étaient dénués de tout fondement en droit et indéfendables au vu du dossier factuel. Voici quelques-uns des exemples les plus patents:

1) Elles ont soutenu que BDF n'avait peut-être pas reçu le préavis de deux mois exigé par le paragraphe 50(3). De toute évidence, la Loi exige ce préavis pour protéger les intérêts du propriétaire inscrit et non ceux du présumé usurpateur, et ce dernier ne peut pas légitimement plaider son insuffisance;

2) Elles ont soutenu que l'intimée avait simplement allégué et non pas prouvé qu'elle était titulaire de licences octroyées par BDF. L'affidavit déposé à l'appui de la demande initiale d'injonction indique clairement que l'intimée est [TRADUCTION] «le distributeur exclusif au Canada et titulaire de licences à l'égard de la gamme de produits Nivea et des marques déposées connexes»¹³. Ce n'est pas une simple allégation; c'est une preuve;

3) Elles ont soutenu qu'il n'avait pas été prouvé que la crème pour le visage importée et vendue par les appelantes contenait du formaldéhyde, qui représente l'une des différences entre les produits américains et mexicains dont l'intimée s'est plainte. Non seulement les étiquettes sur le produit importé du Mexique indiquent qu'il contient une petite quantité de formaldéhyde, mais encore certains des documents produits par les appelantes elles-mêmes indiquent la même chose¹⁴;

4) Elles ont soutenu que l'injonction interlocutoire allait au-delà de ce qui avait été demandé. Or, le

the injunction order itself track to the comma the words of the application.

libellé de l'injonction elle-même reprend sans y changer une virgule le texte de la demande.

32 This scattergun approach and lack of discrimination in the presentation of arguments causes a waste of judicial time and effort and unnecessarily slows down an already overloaded court system. It calls for a reaction. I would accordingly direct that the appellants' costs be taxed only in accordance with column II of Part II of Tariff B [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/95-282, s. 5)].

La futilité et le manque de discernement dans la présentation des arguments entraînent un gaspillage du temps et des ressources de la Cour et un ralentissement inutile d'un système judiciaire déjà surchargé. Une réaction s'impose. Je suis donc d'avis d'ordonner que les dépens des appelantes soient taxés seulement en conformité avec la colonne II de la partie II du tarif B [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/95-282, art. 5)]. 32

33 I would allow the appeal with costs, set aside the order of the Trial Division and dismiss the application for an interlocutory injunction with costs.

Je ferais droit à l'appel avec dépens, j'annulerais l'ordonnance de la Section de première instance et je rejetterais la demande d'injonction interlocutoire avec dépens. 33

34 DESJARDINS J.A.: I concur.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris. 34

35 LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: J'y souscris. 35

¹ The registered user provisions in former s. 50 of the *Trade-marks Act* (R.S.C., 1985, c. T-13, as amended) were repealed and replaced by the *Intellectual Property Law Improvement Act* (S.C. 1993, c. 15, s. 69).

² *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.).

³ As is far too often the case in litigation of this sort, even at the appellate level, no argument no matter how weak in law or unsupportable on the factual record was left unexplored. I shall have more to say on this at the conclusion of these reasons.

⁴ *Mattel Canada Inc. v. GTS Acquisitions Ltd.*, [1990] 1 F.C. 462 (T.D.).

⁵ [1924] A.C. 755 (P.C.), at pp. 762-763, *per* Lord Phillimore.

⁶ [1980] F.S.R. 85 (C.A.), at p. 113.

⁷ [1960] Ex. C.R. 463.

⁸ (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (F.C.T.D.).

⁹ (1993), 46 C.P.R. (3d) 510 (F.C.A.), at pp. 512-513, *per* Mahoney J.A.

¹⁰ [1987] 3 F.C. 544 (C.A.), at pp. 560-561.

¹¹ [1992] 2 F.C. 634 (C.A.), at p. 651.

¹² [1984] 1 S.C.R. 583, at pp. 599-600.

¹³ Appeal Book, Vol. I, at p. 15.

¹⁴ See Exhibit "H" to the affidavit of Jack Wilkinson, A.B., Vol. II, at p. 257.

¹ Les dispositions relatives à l'usager inscrit de l'ancien art. 50 de la *Loi sur les marques de commerce* (L.R.C. (1985), ch. T-13, et ses modifications) ont été abrogées et remplacées par la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle* (L.C. 1993, ch. 15, art. 69).

² *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.).

³ Comme il arrive beaucoup trop souvent dans les litiges de ce genre, même en appel, aucun argument si faible soit-il en droit ou si indéfendable soit-il au vu des faits n'a été laissé de côté. J'y reviendrai à la fin des présents motifs.

⁴ *Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions Ltd.*, [1990] 1 C.F. 462 (1^{re} inst.).

⁵ [1924] A.C. 755 (P.C.), aux p. 762 et 763, lord Phillimore.

⁶ [1980] F.S.R. 85 (C.A.), à la p. 113.

⁷ [1960] R.C. de l'É. 463.

⁸ (1991), 35 C.P.R. (3d) 213 (C.F. 1^{re} inst.).

⁹ (1993), 46 C.P.R. (3d) 510 (C.A.F.), aux p. 512 et 513, le juge Mahoney, J.C.A.

¹⁰ [1987] 3 C.F. 544 (C.A.), aux p. 560 et 561.

¹¹ [1992] 2 C.F. 634 (C.A.), à la p. 651.

¹² [1984] 1 R.C.S. 583, aux p. 599 et 600.

¹³ Dossier d'appel, vol. I, à la p. 15.

¹⁴ Voir la pièce H de l'affidavit de Jack Wilkinson, D.A., vol. II, à la p. 257.

T-2127-95	T-2127-95
<p>Sydney H. Pfeiffer (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Georges F. Redling, Marc Mayrand, Marc Lamarre, Brian P. Doyle, Uwe Manski and Attorney General of Canada (<i>Respondents</i>)</p> <p>and</p>	<p>Sydney H. Pfeiffer (<i>requérant</i>)</p> <p>c.</p> <p>Georges F. Redling, Marc Mayrand, Marc Lamarre, Brian P. Doyle, Uwe Manski et le procureur général du Canada (<i>intimés</i>)</p> <p>et</p>
T-2130-95	T-2130-95
<p>Pfeiffer & Pfeiffer (<i>Applicant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Georges F. Redling, Marc Mayrand, Marc Lamarre, Brian P. Doyle, Uwe Manski and Attorney General of Canada (<i>Respondents</i>)</p> <p>and</p> <p>Guylaine House (<i>Intervenor</i>)</p> <p><i>INDEXED AS: PFEIFFER v. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANKRUPTCY) (T.D.)</i></p> <p>Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, March 20; Ottawa, May 2, 1996.</p> <p><i>Bankruptcy — Delegation of powers under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.01(2) to investigate conduct of trustee — No jurisdiction in delegate tribunal to deal with Charter and Bill of Rights challenges to validity of Act, ss. 14.01 and 14.02.</i></p> <p><i>Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Delegation of powers under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.01(2) to investigate conduct of trustee — Delegate tribunal lacking jurisdiction under Charter, s. 24, Constitution Act, s. 52 to deal with challenges to validity of Act, ss. 14.01 and 14.02 — Review of case law on powers of administrative tribunals to consider Charter issues — No jurisdiction in delegate tribunal to deal with questions of law.</i></p> <p><i>Bill of Rights — Delegation of powers under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.01(2) to investigate conduct of trustee — No jurisdiction in delegate tribunal</i></p>	<p>Pfeiffer & Pfeiffer (<i>requérante</i>)</p> <p>c.</p> <p>Georges F. Redling, Marc Mayrand, Marc Lamarre, Brian P. Doyle, Uwe Manski et le procureur général du Canada (<i>intimés</i>)</p> <p>et</p> <p>Guylaine House (<i>intervenante</i>)</p> <p><i>RÉPERTORIÉ: PFEIFFER c. CANADA (SURINTENDANT DES FAILLITES) (1^{re} INST.)</i></p> <p>Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 20 mars; Ottawa, 2 mai 1996.</p> <p><i>Faillite — Délégation de pouvoirs en vertu de l'art. 14.01(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité afin d'enquêter sur la conduite d'un syndic de faillite — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir de trancher les contestations, fondées sur la Charte et la Déclaration des droits, de la validité des art. 14.01 et 14.02 de la Loi.</i></p> <p><i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Délégation de pouvoirs en vertu de l'art. 14.01(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité afin d'enquêter sur la conduite d'un syndic de faillite — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir de trancher les contestations de la validité des art. 14.01 et 14.02 de la Loi — Examen de la jurisprudence portant sur les pouvoirs des tribunaux administratifs d'étudier les questions relatives à la Charte — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir de trancher des questions de droit.</i></p> <p><i>Déclaration des droits — Délégation de pouvoirs en vertu de l'art. 14.01(2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité afin d'enquêter sur la conduite d'un syndic de</i></p>

to deal with questions of law — Corporate applicant, trustee in bankruptcy, cannot invoke Bill of Rights, s. 2(e) as latter protecting rights whereas, for corporation applicant, trustee licence privilege.

In 1993, following an audit of the applicants' operations, the Superintendent of Bankruptcy delegated to a three-member tribunal his powers under subsection 14.02 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to investigate into the applicants' conduct and determine whether their licence as a trustee in bankruptcy should be cancelled. The tribunal's mandate was to examine the report, hear the applicants, establish the rules of procedure that would apply, hold a hearing and cause the proceedings to be recorded, examine the evidence and arguments, give written reasons for its decision and, if need be, appoint another or other trustees to deal with the estates that had been under the applicants' administration. The applicants moved that the tribunal declare that it lacked jurisdiction to proceed under sections 14.01 and 14.02 on the grounds that those sections were unconstitutional as in violation of section 7 of the Charter; that those sections were of no force or effect as inconsistent with paragraph 2(e) of the Bill of Rights; that the investigation process provided for in sections 14.01 and 14.02 was in violation of the natural justice requirement of impartiality. The tribunal held that it lacked jurisdiction to determine the constitutional validity of those sections. These were applications to review that decision. The respondents presented a motion to strike the declarations as premature.

The issues were: (1) whether the applications were premature, the tribunal's decision being interlocutory; (2) whether the tribunal erred in concluding that it lacked jurisdiction to declare sections 14.01 and 14.02 unconstitutional; (3) whether the sections were of no force and effect as inconsistent with paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

Held, the applications should be dismissed.

(1) Since the application was directed against the very existence of the tribunal, there was a special reason justifying judicial review at this stage of the proceedings: this was a final decision disposing of a fundamental question before the tribunal: *Mahabir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.

(2) It was not a matter of the application of the Charter but of section 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the

faillite — Le tribunal délégataire n'avait pas le pouvoir de trancher des questions de droit — La société requérante, qui est syndic de faillite, ne peut pas invoquer l'art. 2e) de la Déclaration des droits, car ce dernier protège des droits tandis que, dans le cas d'une société, une licence de syndic est un privilège.

En 1993, à la suite d'une vérification des activités des requérants, le surintendant des faillites a délégué à un tribunal composé de trois personnes les pouvoirs que lui confère l'article 14.02 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* afin d'enquêter sur la conduite des requérants et de déterminer si leur licence de syndic de faillite devait être annulée. Le tribunal avait pour mandat d'examiner le rapport, d'entendre les requérants, d'établir les règles de procédure qui s'appliqueraient, de tenir une audience et de veiller à ce que les travaux soient enregistrés, d'examiner la preuve et les arguments présentés, d'exposer par écrit les motifs de sa décision et, au besoin, de nommer un ou plusieurs autres syndics afin de s'occuper des actifs dont l'administration avait été confiée aux requérants. Les requérants ont proposé que le tribunal se déclare inhabile à procéder en vertu des articles 14.01 et 14.02 pour le motif que ces articles étaient inconstitutionnels, en ce qu'ils contrevenaient à l'article 7 de la Charte; que ces articles étaient inopérants en raison de leur incompatibilité avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits; que le processus d'enquête mis en place par les articles 14.01 et 14.02 portait atteinte aux exigences d'impartialité commandées par les principes de justice naturelle. Le tribunal a conclu qu'il n'avait pas la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité des articles en question. Cette décision a fait l'objet de demandes de contrôle judiciaire. Les intimés ont déposé une requête en radiation des requêtes introductives d'instance pour le motif qu'elles étaient prématurées.

Il s'agissait de savoir (1) si les requêtes introductives d'instance étaient prématurées du fait que la décision du tribunal était interlocutoire; (2) si le tribunal a erré en concluant qu'il n'avait pas la compétence de déclarer inconstitutionnels les articles 14.01 et 14.02; (3) si les articles étaient inopérants du fait qu'ils étaient incompatibles avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

Jugement: les demandes de contrôle judiciaire doivent être rejetées.

(1) Puisque la demande était dirigée à l'encontre de l'existence même du tribunal, il existait une raison spéciale qui permettait la révision judiciaire à cette étape des procédures: il s'agissait d'une décision définitive tranchant une question fondamentale soumise au tribunal: *Mahabir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.

(2) Le litige ne portait pas sur l'application de l'article de la Charte mais sur celle de l'article 52 de la *Loi consti-*

Supreme Court of Canada decision in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, La Forest J. declared that an administrative tribunal does not have to meet the definition of court of competent jurisdiction in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to Charter scrutiny. The issue is whether in the enabling statute, Parliament expressly or impliedly conferred on the tribunal the obligation to examine questions of law. An examination of the statutory provisions herein leads to the conclusion that the tribunal, through the Superintendent or his delegates, did not have the power to dispose of legal questions. Instead, Parliament provided for an informal hearing process in which the Superintendent is not bound by the rules of evidence. Matters are to be dealt with as the circumstances and a consideration of fairness permit. Nothing in these provisions indicates an intention to give the panel responsibility to decide questions of law. Furthermore, Parliament did not deem it advisable to grant the panel certain powers of investigation under the *Inquiries Act*.

(3) Since only the corporate applicant applied for declaratory relief and served the notice of constitutional questions required by section 57 of the *Federal Court Act*, the alleged violation of paragraph 2(e) of the Bill of Rights was examined only in so far as it was concerned.

Even though the corporate applicant was a "person" within the meaning of paragraph 2(e), since a trustee licence, for a corporate applicant, is a privilege and not a right, and since paragraph 2(e) protects rights and not privileges, the corporate applicant could not rely on that paragraph.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bankruptcy and Insolvency Act* (formerly *Bankruptcy Act*), R.S.C., 1985, c. B-3 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2), ss. 14.01 (as enacted *idem*, s. 9), 14.02 (as enacted *idem*), 25 (as am. *idem*, s. 10).
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
- 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.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 23.
- 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, ss. 5 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 127), 18(3) (as am. by S.C.

tutionnelle de 1982. Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, le juge La Forest a déclaré qu'un tribunal administratif n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent pour détenir l'autorité nécessaire pour examiner la conformité de sa loi habilitante à la lumière de la Charte. La question pertinente consiste à savoir si, dans sa loi habilitante, le législateur, expressément ou implicitement, a confié au tribunal l'obligation d'examiner des questions de droit. En l'espèce, une étude des dispositions législatives mène à la conclusion que le tribunal, par l'entremise du surintendant ou de ses délégués, n'a pas le pouvoir de trancher des questions de droit. Bien au contraire, le législateur a prévu un processus informel pour les auditions prévoyant que le surintendant n'est pas lié par les règles de preuve. Les questions doivent être réglées eu égard aux circonstances et à l'équité. Rien dans ces dispositions n'indique une intention d'imposer au tribunal la responsabilité de trancher des questions de droit. De plus, le législateur n'a pas jugé bon de lui octroyer certains pouvoirs d'enquête en vertu de la *Loi sur les enquêtes*.

(3) Comme seule la société requérante a demandé un jugement déclaratoire et a envoyé l'avis constitutionnel exigé par l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ce n'est que dans la mesure où cette demande a été faite par la société requérante que la violation présumée de l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits a été examinée.

Même si la société requérante était une «personne» au sens de l'alinéa 2e), puisqu'une licence de syndic de faillite, dans le cas d'une société requérante, est un privilège et non un droit, et puisque l'alinéa 2e) protège des droits et non des privilèges, la société requérante ne pourrait pas invoquer cet alinéa.

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, 24.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 23.
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- 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 la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 5 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 127), 18(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 57 (mod., *idem*, art. 19).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (anciennement *Loi*

1990, c. 8, s. 4), 57 (as am. *idem*, s. 19).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 5.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. 1-11.

sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2), art. 14.01 (édicte, *idem*, art. 9), 14.02 (édicte, *idem*), 25 (mod., *idem*, art. 10).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. 1-11.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 F.C. 133; (1991), 85 D.L.R. (4th) 110; 15 Imm. L.R. (2d) 303; 137 N.R. 377 (C.A.); *Cyanamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1983] F.C.J. No. 429 (T.D.) (QL); *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (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; 118 N.R. 340; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Gill*, [1992] 3 F.C. 3; (1992), 16 Admin. L.R. (2d) 215; 52 F.T.R. 81 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Racette-Villeneuve*, [1995] A.C.F. No. 581 (T.D.) (QL); *Joys v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 149; (1995), 128 D.L.R. (4th) 385; 189 N.R. 175 (C.A.); *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (T.D.).

DISTINGUISHED:

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; *Laflamme v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1995] 3 F.C. 174; (1995), 35 C.P.R. (3d) 230; 96 F.T.R. 200 (T.D.); *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T. (2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 C.F. 133; (1991), 85 D.L.R. (4th) 110; 15 Imm. L.R. (2d) 303; 137 N.R. 377 (C.A.); *Cyanamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1983] A.C.F. n° 429 (1^{re} inst.) (QL); *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (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; 118 N.R. 340; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 50 Admin. L.R. 1; 36 C.C.E.L. 117; 91 CLLC 14,023; 4 C.R.R. (2d) 12; 126 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Gill*, [1992] 3 C.F. 3; (1992), 16 Admin. L.R. (2d) 215; 52 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Racette-Villeneuve*, [1995] A.C.F. n° 581 (1^{re} inst.) (QL); *Joys c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 149; (1995), 128 D.L.R. (4th) 385; 189 N.R. 175 (C.A.); *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 208; (1988), 32 Admin. L.R. 1; 21 C.P.R. (3d) 305; 21 F.T.R. 33 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

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; *Laflamme c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1995] 3 C.F. 174; (1995), 35 C.P.R. (3d) 230; 96 F.T.R. 200 (1^{re} inst.); *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; (1995), 125 D.L.R. (4th) 583; 30 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.E.L. (2d) 1; 24 C.C.L.T.

C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321.

(2d) 217; 95 CLLC 210-027; 30 C.R.R. (2d) 1; 183 N.R. 241; 82 O.A.C. 321.

CONSIDERED:

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; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705; (1990), 97 N.S.R. (2d) 181; 68 D.L.R. (4th) 147; 258 A.P.R. 181; 40 C.L.R. 1; 41 C.P.C. (2d) 18; 46 C.R.R. 259; 106 N.R. 11.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

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; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705; (1990), 97 N.S.R. (2d) 181; 68 D.L.R. (4th) 147; 258 A.P.R. 181; 40 C.L.R. 1; 41 C.P.C. (2d) 18; 46 C.R.R. 259; 106 N.R. 11.

REFERRED TO:

Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Santé c. Québec (Procureur général)* (26 novembre 1993), Montréal 500-05-010002-937, J.E. 94-70 (C.S.); *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd. et al.* (1994), 86 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 221; (1992), 52 F.T.R. 7 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Staff Relations Board*, [1990] 1 F.C. 297; (1989), 31 F.T.R. 107 (T.D.); *Bova v. Public Service Commission Appeal Board (Can.)* (1990), 120 N.R. 186 (F.C.A.); *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; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171; [1989] 2 W.W.R. 1; 30 B.C.L.R. (2d) 1; 34 Admin. L.R. 235; 41 C.R.R. 276 (C.A.); *Howard v. Architectural Institute (B.C.)* (1989), 39 Admin. L.R. 277; 47 C.R.R. 328 (B.C.S.C.); *Richardson v. Assn. of Pro. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709; (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 130 (S.C.); *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339; 88 D.L.R. (4th) 487; 292 A.P.R. 339; 2 Admin. L.R. (2d) 306 (Nfld. S.C.); *Ptack c. Comité de l'Ordre des dentistes du Québec*, [1993] R.L. 305 (Que. C.A.); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (C.A.F.); *Santé c. Québec (Procureur général)* (26 novembre 1993), Montréal 500-05-010002-937, J.E. 94-70 (C.S.); *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd. et al.* (1994), 86 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.); *Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 221; (1992), 52 F.T.R. 7 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1990] 1 C.F. 297; (1989), 31 F.T.R. 107 (1^{re} inst.); *Bova c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (Can.)* (1990), 120 N.R. 186 (C.A.F.); *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; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171; [1989] 2 W.W.R. 1; 30 B.C.L.R. (2d) 1; 34 Admin. L.R. 235; 41 C.R.R. 276 (C.A.); *Howard v. Architectural Institute (B.C.)* (1989), 39 Admin. L.R. 277; 47 C.R.R. 328 (C.S.C.-B.); *Richardson v. Assn. of Pro. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709; (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 130 (C.S.); *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339; 88 D.L.R. (4th) 487; 292 A.P.R. 339; 2 Admin. L.R. (2d) 306 (C.S.T.-N.); *Ptack c. Comité de l'Ordre des dentistes du Québec*, [1993] R.L. 305 (C.A. Qué.); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

AUTHORS CITED

- Dussault, R. and L. Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
- Garant, P. *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1991.
- Garant, P. *Précis de droit des administrations publiques*. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1987.

DOCTRINE

- Dussault, R. et L. Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd. Ste-Foy (Qué.): Presses de l'Université Laval, 1984.
- Garant, P. *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1991.
- Garant, P. *Précis de droit des administrations publiques*. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1987.

Petit Larousse illustré. Paris: Librairie Larousse, 1985, "licence".

Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1986, "licence".

APPLICATIONS for judicial review of the decision of three delegates of the powers of investigation and hearing vested in the Superintendent of Bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act* holding that they did not have jurisdiction to find sections 14.01 and 14.02 of the Act to be unconstitutional, or jurisdiction to declare those sections to be inoperative and contrary to the *Canadian Bill of Rights*. Applications dismissed.

COUNSEL:

Gérald R. Tremblay and *Louis Brousseau* for applicants.

Claude Joyal and *Marcel Gauvreau* for respondents.

Bernard Boucher for intervenor.

SOLICITORS:

McCarthy Tétrault, Montréal, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Bélanger, Sauvé, Montréal, for intervenor.

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

1 TREMBLAY-LAMER J.: There are two applications for judicial review before the Court in which the applicants are seeking to have set aside the decision of Marc Lamarre, Brian Doyle and Uwe Manski, in their capacity as delegates of the powers of investigation and hearing vested in the Superintendent of Bankruptcy under the *Bankruptcy and Insolvency Act*¹ (the Act), holding that they did not have jurisdiction to find sections 14.01 [as enacted by S.C. 1992, c. 27, s. 9] and 14.02 [as enacted *idem*] of the Act to be unconstitutional, or jurisdiction to declare those sections to be inoperative and contrary to the *Canadian Bill of Rights*² (the Bill of Rights).

Petit Larousse illustré. Paris: Librairie Larousse, 1985, «licence».

Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1986, «licence».

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision par laquelle trois personnes à qui avaient été délégués les pouvoirs d'enquête et d'audition conférés au surintendant des faillites en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ont conclu qu'elles n'avaient pas compétence pour déclarer inconstitutionnels les articles 14.01 et 14.02 de la Loi ou pour déclarer que ces articles étaient inopérants et contrevenaient à la *Déclaration canadienne des droits*. Demandes rejetées.

AVOCATS:

Gérald R. Tremblay et *Louis Brousseau* pour les requérants.

Claude Joyal et *Marcel Gauvreau* pour les intimés.

Bernard Boucher pour l'intervenante.

PROCUREURS:

McCarthy Tétrault, Montréal, pour les requérants.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Bélanger, Sauvé, Montréal, pour l'intervenante.

Voici les motifs d'ordonnance rendus en français par

1 LE JUGE TREMBLAY-LAMER: La Cour est saisie de deux demandes de contrôle judiciaire par lesquelles les requérants demandent l'annulation de la décision datée du 1^{er} septembre 1995 rendue par MM. Marc Lamarre, Brian Doyle et Uwe Manski en leur qualité de délégués des pouvoirs d'enquête et d'audition conférés par le surintendant des faillites sous la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹ (la Loi) à l'effet qu'ils n'avaient ni la compétence de déclarer inconstitutionnels les articles 14.01 [édicte par L.C. 1992, ch. 27, art. 9] et 14.02 [édicte, *idem*] de la Loi, ni la compétence de les déclarer inopérants et contraires à la *Déclaration canadienne des droits* (la Déclaration)².

THE FACTS

- 2 Pfeiffer & Pfeiffer has held a licence as a trustee in bankruptcy since 1980. The applicant Sydney Pfeiffer has also held such a licence since 1974. He is the president of the firm Pfeiffer & Pfeiffer, which administers more than 1600 estates and whose personnel consists of two trustees and eighty employees. The intervenor Guylaine Houle, who also holds a licence as a trustee in bankruptcy, is a shareholder and director of Pfeiffer & Pfeiffer.
- 3 During December 1991 and January 1992, the Superintendent of Bankruptcy, with the assistance of the personnel under his direction and control, conducted an audit of the activities of the applicants, and in April 1992 the applicants received a report prepared by Andy J. Blitzer, C.A.
- 4 On December 11, 1992, Mr. Pfeiffer received a letter from Marc Mayrand, Deputy Superintendent of Bankruptcy (Operations), to which was attached a draft report recommending that the Superintendent cancel the applicants' trustee licence. The report noted flaws in the administration of some estates which violated the Act, the regulations, the guidelines and the policies. More specifically, the report pointed to the following anomalies:
- (a) investing consolidated estate funds in trust companies and treasury bills;
 - (b) registering certificates of deposit of consolidated funds not in trust for estates;
 - (c) under-allocating interest to estate files;
 - (d) withdrawing final fees without recognizing the interim draw already taken;
 - (e) withdrawing fees in excess of the fees taxed;
 - (f) delegating signing authority on checks [sic] to an unauthorized person.

LES FAITS

- 2 Pfeiffer & Pfeiffer est détentrice d'une licence de syndic de faillite depuis 1980. Le requérant Sydney Pfeiffer détient également cette licence depuis 1974. Il est le président de la société Pfeiffer & Pfeiffer. Cette dernière administre plus de 1600 actifs et comprend en tant que personnel deux syndics ainsi que quatre-vingts employés. L'intervenante Guylaine Houle, également détentrice d'une licence de syndic de faillite, est une actionnaire et administratrice de Pfeiffer & Pfeiffer.
- 3 Au cours des mois de décembre 1991 et de janvier 1992, le surintendant des faillites, avec la collaboration du personnel sous sa direction et son contrôle, procédait à une vérification comptable des activités des requérants et ces derniers recevaient en avril 1992, un rapport préparé par Andy J. Blitzer, comptable agréé.
- 4 Le 11 décembre 1992, M. Pfeiffer recevait une lettre de Marc Mayrand, surintendant associé des faillites (opérations), à laquelle était attaché un projet de rapport recommandant au surintendant d'annuler la licence de syndic de faillite des requérants. Le rapport notait des défauts dans l'administration des actifs qui contrevenaient la Loi, les règlements, les directives ainsi que les politiques. Plus particulièrement, le rapport indiquait les anomalies suivantes:
- a) a investi des fonds consolidés dans des compagnies de fiducie et dans l'achat de bons du Trésor;
 - b) a enregistré des certificats de dépôt de fonds consolidés qui ne font pas partie d'un patrimoine de fiducie;
 - c) a sous-alloué des intérêts dans des dossiers de fiducie;
 - d) a retiré les honoraires finals sans admettre le prélèvement provisoire effectué;
 - e) a prélevé des honoraires supérieurs aux honoraires taxés;
 - f) a délégué le pouvoir de signer des chèques à une personne non autorisée.

- 5 On April 28, 1993, the solicitor for Pfeiffer & Pfeiffer wrote a letter to the office of the Superintendent of Bankruptcy setting out a list of reasons why Pfeiffer & Pfeiffer should retain its trustee licence.
- 6 On June 16, 1993, Marc Mayrand signed a report similar to the draft that had been submitted to the parties earlier, recommending nonetheless that the Superintendent of Bankruptcy, George F. Redling, cancel the applicants' trustee licence.
- 7 On December 31, 1993, the Superintendent of Bankruptcy informed the parties that under subsection 14.01(2) of the Act, he had delegated his powers and functions as Superintendent to a panel composed of Marc Lamarre, a retired judge, as Chairman of the panel, and Brian Doyle and Uwe Manski, both trustees in bankruptcy. Accordingly, the Superintendent issued a delegation instrument authorizing the panel to act in accordance with the powers conferred by the Act. The panel's specific mandate is described in the delegation instrument as follows:
1. considering the report in respect of the trustee received by the Superintendent from the Deputy;
 2. affording the trustee the opportunity to be heard required by subsection 14.02(1) of the BIA in respect of the Deputy's report and notice of intention to exercise the powers set out in paragraphs 14.01(1)(a) to (c) of the BIA in relation to the trustee's licence;
 3. determining, in conformity with the provisions of paragraphs 14.02(2)(b) and (c) and in consultation with the trustee and the Deputy or their respective counsel, the procedural rules that shall apply in the course of affording the trustee the opportunity to be heard;
 4. conducting, under the presidency of the chairman, the hearing at which the trustee is given the opportunity to be heard;
 5. causing, for the purposes of paragraph 14.02(2)(d) of the BIA, a stenographic, electronic or other record to be taken of the proceedings at which the trustee is given the opportunity to be heard;
 6. considering the evidence and submissions of the trustee and the Deputy;
 7. deciding whether, on the balance of the evidence before the panel, the recommendation of the Deputy in respect of
- Le 28 avril 1993, le procureur de Pfeiffer & Pfeiffer rédigeait une lettre au bureau du surintendant des faillites, afin d'exposer une série de motifs justifiant le maintien de la licence de syndic de Pfeiffer & Pfeiffer.
- Le 16 juin 1993, Marc Mayrand, en signant un rapport similaire au projet remis plus tôt aux parties, recommandait tout de même au surintendant des faillites, Georges F. Redling, l'annulation de la licence de syndic des requérants.
- Le 31 décembre 1993, le surintendant des faillites, avisait les parties qu'en vertu du paragraphe 14.01(2) de la Loi, il avait délégué ses pouvoirs et ses fonctions de surintendant à un tribunal composé de Marc Lamarre, ancien juge maintenant à la retraite comme président du tribunal ainsi que de Brian Doyle et Uwe Manski, tous deux syndics en faillite. À cet effet, le surintendant émettait un document de délégation autorisant le tribunal à agir en conformité avec les pouvoirs conférés par la Loi. Le mandat spécifique du tribunal est décrit dans ces termes dans le document de délégation:
- [TRADUCTION] 1. examiner le rapport relatif au syndic que le surintendant adjoint a fait parvenir au surintendant;
2. donner au syndic, comme l'exige le paragraphe 14.02(1) de la Loi (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), la possibilité de se faire entendre au sujet du rapport du surintendant adjoint, et l'aviser de l'intention d'exercer les pouvoirs énoncés aux alinéas 14.01(1)a) à c) de la Loi relativement à la licence du syndic;
 3. déterminer, en conformité avec les alinéas 14.02(2)b) et c) et en consultation avec le syndic et le surintendant adjoint ou leurs avocats respectifs, les règles de procédure applicables pour donner la possibilité au syndic de se faire entendre;
 4. tenir une audience, présidée par le président, à laquelle il est donné au syndic la possibilité de se faire entendre;
 5. prendre les dispositions nécessaires, aux fins de l'alinéa 14.02(2)d) de la Loi, pour effectuer un enregistrement sténographique, électronique ou autre de l'audience à laquelle il est donné au syndic la possibilité de se faire entendre;
 6. examiner la preuve et les arguments du syndic et du surintendant adjoint;
 7. déterminer suivant la prépondérance de la preuve dont le tribunal a été saisi, si la recommandation faite par le

the license of the trustee should be accepted, varied or rejected, and, in accordance with subsection 14.02(4) of the BIA, to give the decision and the reasons for the decision of the panel in writing to the trustee and to the Deputy within ninety days after the conclusion of the hearing; and,

8. where the panel accepts or varies the recommendation of the Deputy and decides to exercise the power to suspend or cancel the license of the trustee, directing, after hearing representations from the trustee and the Deputy, another or other trustees to deal, in the manner directed by the panel, with the property in the estates that were, immediately prior to the cancellation or suspension of the licence, under the administration of the trustee.

8 On June 3, 1994, the applicants filed a "Motion for declaration of lack of jurisdiction" with the panel. They were arguing, primarily, that:

– sections 14.01 and 14.02 of the Act are unconstitutional, in that they violate section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.³

– sections 14.01 and 14.02 of the Act are inoperative because they are inconsistent with paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

– the process of investigation and hearing established by sections 14.01 and 14.02 of the Act violate the impartiality requirements imposed by the principles of natural justice.

9 Accordingly, they asked the panel to declare that it was not competent to proceed, having regard to the invalidity of sections 14.01 and 14.02 of the Act.

10 On September 1, 1995, the panel rendered its decision in which it concluded that it did not have jurisdiction to determine the constitutionality of the sections in question. It concluded as follows:

The tribunal and/or the Superintendent does not have and has never had the power in its enabling statute to review the constitutionality of its duties and the powers conferred on it by the *Bankruptcy and Insolvency Act*. No such power, whether express or implied, is found anywhere in the Act.

We have no jurisdiction to determine constitutional questions, or to make declarations that only the superior courts may make, or to determine the constitutional validity of

surintendant adjoint au sujet de la licence du syndic devrait être acceptée, modifiée ou rejetée, et, suivant le paragraphe 14.02(4) de la Loi, rendre par écrit la décision du tribunal, assortie de ses motifs, et la remettre au syndic et au surintendant adjoint dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la clôture de l'audience;

8. si le tribunal accepte ou modifie la recommandation du surintendant adjoint et décide de suspendre ou d'annuler la licence du syndic, ordonner, après avoir entendu les arguments du syndic et du surintendant adjoint, à un ou à d'autres syndics de s'occuper, en suivant les directives du tribunal, des biens des actifs qui étaient administrés par le syndic avant la suspension ou l'annulation de sa licence.

Le 3 juin 1994, les requérants déposaient une «Requête en déclaration d'inhabilité» devant le tribunal. Principalement, ils argumentaient que:

– les articles 14.01 et 14.02 de la Loi sont inconstitutionnels, en ce qu'ils contreviennent à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.³

– les articles 14.01 et 14.02 de la Loi sont inopérants en raison de leur incompatibilité avec l'alinéa 2e) de la Déclaration.

– le processus d'enquête et d'audition mis en place par les articles 14.01 et 14.02 de la Loi portent atteinte aux exigences d'impartialité commandées par les principes de justice naturelle.

Par conséquent, ils demandaient au tribunal de se déclarer inhabile à procéder vu l'invalidité des articles 14.01 et 14.02 de la Loi.

Le 1^{er} septembre 1995, le tribunal rendait sa décision où il concluait qu'il n'avait pas la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité des articles en question. Il concluait en ces termes:

[TRADUCTION] Le tribunal et le surintendant n'ont pas et n'ont jamais eu, en vertu de leur loi habilitante, le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité des obligations qui leur sont imposées et des pouvoirs qui leur sont conférés par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Aucune disposition de la Loi ne prévoit, implicitement ou explicitement, un tel pouvoir.

Nous ne sommes par habilités à statuer sur des questions constitutionnelles ni à rendre des jugements déclaratoires que seules les cours supérieures peuvent rendre; nous ne

the enabling statute under which our mandate was given to us.

For the foregoing reasons, the two motions by the applicants Sydney H. Pfeiffer and Pfeiffer & Pfeiffer Inc. are denied. [*sic*]

- 11 That decision is the subject of this judicial review. However, on November 9, 1995, the respondents filed a motion to strike out the two originating notices of motion. On the consent of the parties, Mr. Justice Teitelbaum ordered that the motion be heard at the hearing on the merits. At the time of the hearing before me, the respondents chose not to argue that motion at any length, although it remains in the record. I shall therefore deal with it first.

THE ISSUES

1. Are these originating notices of motion premature, in that the decision of the panel is interlocutory, and should they accordingly be struck out?
2. Did the panel err in concluding that it did not have jurisdiction to declare that sections 14.01 and 14.02 of the Act are unconstitutional and inoperative?
3. Are sections 14.01 and 14.02 inoperative in that they are inconsistent with paragraph 2(e) of the Bill of Rights?

THE LEGISLATION

Sections 14.01 and 14.02 of the Act provide:

14.01 (1) The Superintendent, after making or causing to be made an investigation into the conduct of a trustee, may, where it is in the public interest to do so,

- (a) cancel the licence of a trustee;
- (b) suspend the licence of a trustee; or
- (c) place such conditions or limitations on the licence of a trustee as the Superintendent considers appropriate.

sommes pas non plus habilités à nous prononcer sur la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle notre mandat nous a été confié.

Pour les motifs qui précèdent, les deux requêtes présentées par les requérants Sydney H. Pfeiffer et Pfeiffer & Pfeiffer Inc. sont rejetées.

- 11 Cette décision fait l'objet de la présente révision judiciaire. Toutefois, le 9 novembre 1995, les intimés déposaient une requête en radiation des deux requêtes introductives d'instance. En raison du consentement des parties, le juge Teitelbaum ordonnait que cette requête soit entendue lors de l'audition sur le fond. Au moment de l'audition devant moi, les intimés ont choisi de ne pas plaider de façon extensive cette requête, quoiqu'elle demeure au dossier. Je devrai, par conséquent, en traiter en premier lieu.

LES POINTS EN LITIGE

1. S'agit-il en l'espèce de requêtes introductives d'instance prématurées en ce que la décision du tribunal est interlocutoire et qui par conséquent devraient être radiées?
2. Le tribunal a-t-il erré en concluant qu'il n'avait pas la compétence de déclarer inconstitutionnels et inopérants les articles 14.01 et 14.02 de la Loi?
3. Les articles 14.01 et 14.02 sont-ils inopérants en ce qu'ils sont incompatibles avec l'alinéa 2e) de la Déclaration?

LA LÉGISLATION

Les articles 14.01 et 14.02 de la Loi prévoient:

14.01 (1) Après avoir tenu ou fait tenir une enquête sur la conduite du syndic, le surintendant peut, lorsqu'il est dans l'intérêt public de le faire, prendre telle des mesures suivantes: suspendre ou annuler la licence d'un syndic ou encore la soumettre aux conditions ou restrictions qu'il juge nécessaires.

(2) The Superintendent may delegate by written instrument, on such terms and conditions as are therein specified, any or all of the Superintendent's powers, duties and functions under paragraphs 1(a) to (c) or section 14.01 or 14.03.

(3) Where the Superintendent delegates in accordance with subsection (2), the Superintendent or the delegate shall

(a) where there is a delegation in relation to trustees generally, give written notice of the delegation to all trustees; and

(b) whether or not paragraph (a) applies, give written notice of the delegation of a power to any trustee who may be affected by the exercise of that power, either before the power is exercised or at the time the power is exercised.

14.02 (1) Where the Superintendent intends to exercise any of the powers set out in paragraphs 14.01(1)(a) to (c), the Superintendent shall send the trustee written notice of the powers that the Superintendent intends to exercise and the reasons therefor and afford the trustee a reasonable opportunity for a hearing.

(2) At a hearing referred to in subsection (1), the Superintendent

(a) has the power to administer oaths;

(b) is not bound by any legal or technical rules of evidence in conducting the hearing;

(c) shall deal with the matters set out in the notice of the hearing as informally and expeditiously as the circumstances and a consideration of fairness permit; and

(d) shall cause a summary of any oral evidence to be made in writing.

(3) The notice referred to in subsection (1) and, where applicable, the summary of oral evidence referred to in paragraph 2(d), together with such documentary evidence as the Superintendent receives in evidence, form the record of the hearing.

(4) The decision of the Superintendent after a hearing referred to in subsection (1), together with the reasons therefor, shall be given in writing to the trustee not later than ninety days after the conclusion of the hearing and may, where the Superintendent considers it in the public interest to do so, be made public after the decision has been given to the trustee.

(5) A decision of the Superintendent given pursuant to subsection (4) is deemed to be a decision of a federal board, commission or other tribunal that may be reviewed and set aside pursuant to the *Federal Court Act*.

(2) Le surintendant peut, par écrit et aux conditions qu'il précise dans cet écrit, déléguer l'une ou l'autre ou l'ensemble des mesures et des attributions que lui confèrent respectivement le paragraphe (1) et les articles 14.02 et 14.03.

(3) En cas de délégation aux termes du paragraphe (2), le surintendant ou le délégué doit:

a) dans la mesure où la délégation vise les syndic en général, en aviser tous les syndic par écrit;

b) en tout état de cause, aviser par écrit, avant l'exercice du pouvoir qui fait l'objet de la délégation ou lors de son exercice, tout syndic qui pourrait être touché par l'exercice de ce pouvoir.

14.02 (1) Lorsqu'il se propose de prendre l'une des mesures visées au paragraphe 14.01(1), le surintendant envoie au syndic un avis écrit et motivé de la mesure qu'il entend prendre et lui donne la possibilité de se faire entendre.

(2) Lors de l'audition, le surintendant:

a) peut faire prêter serment;

b) n'est lié par aucune règle juridique ou procédurale en matière de preuve;

c) règle les questions exposées dans l'avis d'audition avec célérité et sans formalisme, eu égard aux circonstances et à l'équité;

d) fait établir un résumé écrit de toute preuve orale.

(3) Le dossier de l'audition comprend l'avis visé au paragraphe (1), le résumé de la preuve orale visé à l'alinéa (2)d) et la preuve documentaire reçue par le surintendant.

(4) La décision du surintendant faisant suite à l'audition, assortie de ses motifs, est rendue par écrit et remise au syndic au plus tard quatre-vingt-dix jours après la clôture de l'audition. Le surintendant, s'il l'estime dans l'intérêt public, peut rendre publique la décision après sa remise au syndic.

(5) La décision du surintendant, rendue et remise conformément au paragraphe (4), est assimilée à celle d'un office fédéral et comme telle est soumise au pouvoir d'examen et d'annulation prévu à la *Loi sur la Cour fédérale*.

ANALYSIS

1. Preliminary motion to strike out the originating notices of motion

12 The Attorney General submitted that the application for judicial review brought by the applicants from the decision of the panel is premature because that decision was in fact an interlocutory decision. The respondent relied on the decision of the Federal Court of Appeal in *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,⁴ in which Mr. Justice Létourneau held that as a general rule, time should not be spent on reviewing interlocutory decisions, except in special circumstances. According to the respondent, the Court has jurisdiction to dismiss the originating notices of motion under its general power, as governed by section 5 of the *Federal Court Act*.⁵

13 The applicants argued, for their part, that it was not premature to raise the issue of bias before the panel. It is settled law that bias on the part of a tribunal must be raised without delay. For example, in *Santé c. Québec (Procureur général)*,⁶ the Court held that failure to raise the issue of bias at the first opportunity amounted to waiver of that ground for challenging the jurisdiction of the tribunal.

14 In my opinion, there is an initial procedural problem, since the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] make no provision for dismissing a motion.⁷ Although the Attorney General cited section 5, it is used only in exceptional cases. In the instant case, the decision relates to the jurisdiction of the administrative tribunal to determine constitutional questions or make declaratory judgments. The tribunal held that it did not have jurisdiction to determine such a question. The same situation arose in *Laflamme v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*,⁸ and the Court decided the issue immediately on an application for judicial review.

15 In *Cyanamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*,⁹ Mr. Justice

ANALYSE

1. Requête préliminaire en radiation des requêtes introductives d'instance

12 Le procureur général soumet que la demande de contrôle judiciaire des requérants à l'encontre de la décision du tribunal est prématurée car il s'agit en fait d'une décision interlocutoire. L'intimé s'appuie sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁴ dans laquelle le juge Létourneau affirme que règle générale, on ne devrait pas s'attarder à réviser des décisions interlocutoires, sauf dans des circonstances spéciales. Selon l'intimé, la Cour a compétence pour rejeter les requêtes introductives en vertu de son pouvoir général régi par l'article 5 de la *Loi sur la Cour fédérale*.⁵

13 Les requérants prétendent pour leur part qu'il n'était pas prématuré de soulever la question de partialité devant le tribunal. La jurisprudence est constante que la partialité du tribunal doit être soulevée sans délai. Par exemple, dans *Santé c. Québec (Procureur général)*⁶, la Cour a déterminé que l'omission de soulever la question de partialité à la première occasion, constitue une renonciation d'invoquer ce motif pour contester la compétence du tribunal.

14 À mon avis, il y a au départ une difficulté au niveau de la procédure puisque les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ne prévoient pas le rejet d'une requête⁷. Bien que le procureur général invoque l'article 5, ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il est utilisé. Dans le présent cas, la décision porte sur la compétence du tribunal administratif de décider de questions constitutionnelles ou de rendre des jugements déclaratoires. Le tribunal a décidé qu'il n'avait pas compétence pour décider d'une telle question. La même situation est survenue dans l'affaire *Laflamme c. Canada (Surintendant des faillites)*⁸, et la Cour a tranché le litige immédiatement par contrôle judiciaire.

15 Dans *Cyanamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. c. Canada (Commissaire des brevets)*⁹, le juge

Mahoney held that under Rule 5, judicial review could be permitted in interlocutory cases on the question of jurisdiction, at page 4 (QL):

... where the motion itself is apt to be time consuming and where there is, as here, a clear question of jurisdiction which may determine the entire matter, common sense dictates, and Rule 5 permits, that the Court deal with the preliminary objection in advance.

- 16 As well, it appears that judicial review of a decision of a tribunal relating to a question of jurisdiction may avoid the costs of a hearing on the merits. In *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*,¹⁰ the Federal Court of Appeal held:

In my view, the object of sections 18 and 28 of the Federal Court Act is to provide a speedy and effective judicial supervision of the work of federal boards, commissions and other tribunals with a minimum of interference with the work of those tribunals. Applying section 11 of the Interpretation Act, with that object in mind, to the question raised by these section 28 applications, it must be recognized that the lack of a right to have the Court review the position taken by a tribunal as to its jurisdiction or as to some procedural matter, at an early stage in a hearing, may well result, in some cases, in expensive hearings being abortive. On the other hand, a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in effect, be a right vested in such party to frustrate the work of the tribunal. [Emphasis mine.]

- 17 In my opinion, since this issue involves an attack on the very existence of the tribunal, there is a special reason permitting judicial review at this stage of the proceedings.¹¹ As the Court held in *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹² "it is a final decision that disposes of a substantive question before the tribunal".

- 18 Accordingly, the motion to strike is dismissed.

2. Power of the tribunal to examine questions relating to the Charter and the Bill of Rights

- 19 The applicants and the intervenor submitted that the role played by the Minister's delegates is com-

Mahoney prévoyait que la Règle 5 pouvait permettre la révision judiciaire dans des cas interlocutoires sur la question de compétence, à la page 4 (QL):

... lorsque l'examen de la requête risque d'être long et que, comme en l'espèce, le différend porte sur une question de compétence dont pourrait dépendre la résolution du litige, la règle 5 autorise la Cour à statuer préalablement sur l'objection préliminaire, ce que le simple bon sens exige.

- De même, il appert qu'une révision judiciaire d'une décision d'un tribunal portant sur une question de compétence peut éviter les coûts d'une audition au fond. La Cour d'appel fédérale statuait dans *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*¹⁰:

À mon avis, le but des articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale est de fournir un contrôle rapide et efficace des travaux des offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux. Si, en tenant compte de ce point de vue, on applique l'article 11 de la Loi d'interprétation à la question soulevée par les demandes fondées sur l'article 28, il faut reconnaître que le fait que la Cour n'a pas le pouvoir d'examiner la position prise par un tribunal quant à sa propre compétence ou quant à des questions de procédure au tout début de l'audience peut entraîner, dans certains cas, la tenue d'auditions coûteuses qui seraient sans issue. Par contre, si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal. [C'est moi qui souligne.]

- À mon avis, puisqu'il s'agit d'une question qui est dirigée à l'encontre de l'existence même du tribunal, il existe une raison spéciale qui permet la révision judiciaire à cette étape des procédures¹¹. Tel que déclaré dans *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹², «il s'agit d'une décision définitive qui tranche une question fondamentale soumise au tribunal».

- Par conséquent, la requête en radiation est rejetée. 18

2. Pouvoir du tribunal d'examiner les questions relatives à la Charte et à la Déclaration

- Les requérants et l'intervenante soumettent que le rôle joué par les délégués du ministre est assimilable 19

parable to that played by an administrative tribunal in that they exercise judicial or quasi-judicial power.¹³ The guiding principles that apply in this area are set out in three decisions of the Supreme Court of Canada: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*;¹⁴ *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*;¹⁵ and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*.¹⁶ These decisions hold that an administrative tribunal may have jurisdiction to determine constitutionality, either by virtue of the power conferred by subsection 24(1) of the Charter or by virtue of a tribunal's duty to apply the Constitution in carrying out the mandate assigned to it by statute and under section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In the instant case, the applicants suggested that in the absence of specific enabling provisions in the Act itself, the Minister's delegates very probably do not have the powers set out in section 24 of the Charter. However, it has been recognized that the power to apply the Constitution under section 52 of the *Constitution Act, 1982* may devolve to a tribunal, either expressly or by implication. In the case at bar, it is clear that the Minister's delegates must apply and interpret at least the Act in order to determine whether the applicants have violated its provisions. *Inter alia*, since it is alleged that the applicants acted improperly in the management of their trust accounts, the Minister's delegates will surely have to determine how section 25 [as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 10] of the Act is to be interpreted.

20 For his part, the Attorney General submitted that the Superintendent is neither a tribunal nor a court of competent jurisdiction for the purpose of determining the constitutionality of sections 14.01 and 14.02 of the Act under section 24 of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982* and in accordance with the decisions of the Supreme Court of Canada.¹⁷ The respondents argued that the question was settled by the decision in *Laflamme*¹⁸ and there was nothing substantially different in the situation now before the Court.

à celui d'un tribunal administratif en ce qu'ils exercent un pouvoir de nature judiciaire ou quasi-judiciaire¹³. Trois décisions de la Cour suprême du Canada, soit *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*¹⁴; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*¹⁵; et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*¹⁶, font état des grands principes applicables en la matière. De ces décisions, il ressort qu'un tribunal administratif peut avoir compétence en matière constitutionnelle soit en vertu du pouvoir conféré par le paragraphe 24(1) de la Charte ou encore en vertu de l'obligation que peut posséder un tribunal d'appliquer la Constitution dans le cadre de l'exécution du mandat conféré par la loi et découlant de l'article 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, n° 44]]. Dans le présent cas, les requérants proposent qu'en l'absence de dispositions habilitantes spécifiques contenues au sein de la Loi, les délégués du ministre ne possèdent fort possiblement pas les pouvoirs énoncés à l'article 24 de la Charte. Toutefois, il a été reconnu que le pouvoir d'appliquer la Constitution en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut être dévolu à un tribunal soit de façon explicite ou encore de façon implicite. En l'espèce, il est clair que les délégués du ministre devront appliquer et interpréter tout au moins la Loi afin de savoir si les requérants ont violé les dispositions de celle-ci. Notamment, puisqu'il est allégué que les requérants auraient agi de façon incorrecte lors de la gestion de ses comptes en fiducie, le délégué du ministre sera sûrement appelé à se prononcer sur l'interprétation à donner à l'article 25 [mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 10] de la Loi.

Le procureur général, pour sa part, soumet que le surintendant n'est pas un tribunal ni une cour compétente pour trancher la question de la constitutionnalité des articles 14.01 et 14.02 de la Loi en vertu de l'article 24 de la Charte et de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les décisions de la Cour suprême du Canada¹⁷. Les intimés plaident que la question a été tranchée par l'arrêt *Laflamme*¹⁸ et qu'il n'y a rien de substantiellement différent dans la présente situation devant la Cour.

20

21 In short, we must examine the trilogy of decisions of the Supreme Court of Canada in *Douglas College*, *Cuddy Chicks* and *Tétreault-Gadoury* with respect to the jurisdiction of administrative tribunals to determine Charter questions. The issue in the case at bar is not the application of subsection 24(1) of the Charter, which allows a court of competent jurisdiction to grant a remedy. Rather, we shall have to consider the application of section 52 of the *Constitution Act, 1982*, which provides:

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.

22 With respect to the application of this section by an administrative tribunal, the principle set out in *Douglas College* is that an administrative tribunal which is given the power to interpret any statute also has the power to determine whether the statute is constitutional. The decision in *Cuddy Chicks* established that a tribunal whose task it is to determine questions of law may also apply the Charter.

23 Mr. Justice La Forest summarized the situation as follows in *Cuddy Chicks*, at pages 14-15:

An administrative tribunal need not meet the definition of a court of competent jurisdiction in s. 24(1) of the *Charter* in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. In the present case, the relevant inquiry is not whether the tribunal is a "court" [within the meaning of subsection 24(1) of the Charter] but whether the legislature intended to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*.

...

The legislature expressly, and without reservation, conferred authority on the Board to decide points of law. In addition, the Act confers powers on the Board to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. Section 124, for example, gives it authority to decide if a matter is arbitrable. The issue, then, is whether this authority with respect to questions of law can encompass the question of whether a law violates the *Charter*. It is clear to me that a *Charter* issue must constitute a question of law; indeed, the *Charter* is part of the supreme law of Canada. This comports with the view expressed in *Douglas College* that the statutory authority of the arbitrator in that case to interpret any "Act" must include the

21 En somme, il s'agit d'examiner la trilogie de décisions de la Cour suprême du Canada dans *Douglas College*, *Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury* quant à la compétence des tribunaux administratifs de trancher des questions relatives à la Charte. En l'espèce, le litige ne porte pas sur l'application du paragraphe 24(1) de la Charte qui permet à un tribunal compétent d'accorder une réparation. Plutôt, l'on doit s'attarder à l'application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoit:

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

22 Quant à l'application de cet article par un tribunal administratif, le principe retenu de l'affaire *Douglas College* veut que le tribunal administratif à qui on a conféré le pouvoir d'interpréter toute loi comprend aussi le pouvoir de déterminer si la loi est constitutionnelle. Pour sa part, la décision *Cuddy Chicks* a établi que le tribunal qui est appelé à trancher des questions de droit peut aussi appliquer la Charte.

23 Le juge La Forest résumait ainsi la situation dans l'affaire *Cuddy Chicks*, aux pages 14 à 16:

Un tribunal administratif n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour détenir l'autorité nécessaire pour examiner la conformité de sa loi habilitante à la lumière de la *Charte*. En l'espèce, la question pertinente ne consiste pas à savoir si le tribunal administratif est un «tribunal» au sens du par. 24(1) de la *Charte*, mais plutôt si le législateur entendait conférer au tribunal le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte*.

...

Le législateur a expressément, et sans réserve, conféré à la Commission le pouvoir de trancher des questions de droit. En outre, la Loi confère à la Commission le pouvoir de trancher des questions de droit et de fait visant sa propre compétence. L'article 124, par exemple, lui donne le pouvoir de décider si une question peut être soumise à l'arbitrage. Il s'agit alors de déterminer si ce pouvoir à l'égard des questions de droit peut s'étendre à la question de savoir si une loi viole la *Charte*. Il me paraît évident qu'une question concernant la *Charte* est une question de droit; en effet, la *Charte* fait partie de la loi suprême du Canada. Ceci va de pair avec l'opinion exprimée dans l'arrêt *Douglas College* selon laquelle le pouvoir conféré à

authority to interpret the *Charter*.

24 In *Tétreault-Gadoury*,¹⁹ the Supreme Court of Canada held that the powers of an administrative tribunal to determine questions of law and to interpret any law could derive not only from an express power but also from an implied power. This statement of the law was reiterated in *Canada (Attorney General) v. Gill*,²⁰ in which the Court stated, at page 20:

Recent Supreme Court of Canada decisions have confirmed that where an administrative tribunal has an express authority to interpret and apply statutes²¹ or where it has been expressly authorized to determine questions of law²² it may apply the Charter to determine the validity of laws it is applying. In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*²³ the Court also held that such power may be implied even though not expressly granted.

25 In *Laflamme*,²⁴ the provisions of the Act were similar to those with which we are concerned in the case at bar. Mr. Justice Noël was of the opinion that the legislative grant of authority must give the tribunal not only the power to interpret its enabling legislation, but also jurisdiction over the subject-matter resulting from reliance on the Charter and the remedy sought. In that case, the Court held that those powers must be found in the enabling statute and be among the powers that Parliament intended to confer on it.

26 While I have reached the same conclusion as Mr. Justice Noël, I shall not follow the same route as my colleague did. In my view, this is the approach that must be taken when the issue is whether the tribunal in question is a court of competent jurisdiction within the meaning of subsection 24(1) of the Charter. This analysis is not required when the issue is the power of an administrative tribunal to examine the constitutionality of its enabling statute under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

27 In *Weber v. Ontario Hydro*,²⁵ and more recently in *Mooring v. Canada (National Parole Board)*,²⁶ the Supreme Court applied the "three-pronged test" required by subsection 24(1), that is, that a tribunal

l'arbitre par la loi d'interpréter toute «loi» devait comprendre celle d'interpréter la *Charte*.

24 Dans la décision *Tétreault-Gadoury*¹⁹, la Cour suprême du Canada a déterminé que les pouvoirs d'un tribunal administratif de décider des questions de droit et d'interpréter toute loi, pouvait provenir non seulement d'un pouvoir exprès mais également d'un pouvoir implicite. Cet état du droit fut repris dans *Canada (Procureur général) c. Gill*²⁰, dans laquelle la Cour s'exprimait ainsi à la page 20:

La Cour suprême du Canada a récemment confirmé que le tribunal administratif qui est expressément autorisé à interpréter et appliquer les lois²¹ ou encore à trancher des questions de droit²² 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)*²³, la Cour suprême a également jugé qu'il peut s'agir d'un pouvoir implicite.

25 Dans la décision *Laflamme*²⁴, les dispositions de la Loi étaient similaires à celles qui nous préoccupent en l'espèce. Le juge Noël était d'avis que l'attribution législative doit non seulement conférer au tribunal le pouvoir d'interpréter sa loi habilitante mais également la compétence quant à l'objet du litige issue de l'invocation de la Charte ainsi que quant à la réparation recherchée qui en découle. Selon la Cour dans cette affaire, ces pouvoirs doivent s'inscrire dans la loi habilitante et faire partie des pouvoirs que le législateur a voulu lui confier.

26 Bien que j'arrive à la même conclusion que le juge Noël, je ne suivrai pas la même démarche qu'a suivi mon collègue. Cette approche, à mon avis, est celle que l'on doit adopter lorsque l'on doit déterminer s'il s'agit d'un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte. Cette analyse n'est pas exigée lorsqu'il s'agit de déterminer le pouvoir d'un tribunal administratif d'examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

27 La Cour suprême dans *Weber c. Ontario Hydro*²⁵ et plus récemment dans *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*²⁶ appliquait «ce critère à trois volets» exigé par le

will be a court of competent jurisdiction only if it has jurisdiction over the parties, the subject-matter of the proceedings and the remedy sought. These tests had long since been established, in *Mills v. The Queen*,²⁷ for the purpose of determining whether a tribunal is a court of competent jurisdiction.

paragraphe 24(1) à savoir qu'un tribunal ne sera compétent que s'il a compétence sur les parties, sur l'objet du litige et sur la réparation demandée. Ces critères avaient depuis longtemps été établis dans l'arrêt *Mills c. La Reine*²⁷ pour déterminer s'il s'agissait d'un tribunal compétent.

28 In addition, in *Cuddy Chicks*, Mr. Justice La Forest himself acknowledged that this analytical framework, that is, that there must be jurisdiction over the whole of the matter before the tribunal, reflects the prerequisites for a tribunal to be a court of competent jurisdiction within the meaning of subsection 24(1) of the Charter, but that an administrative tribunal need not meet the definition of a court of competent jurisdiction in order to have the necessary authority to subject its enabling statute to Charter scrutiny.²⁸

D'ailleurs le juge La Forest, dans *Cuddy Chicks*, 28 reconnaissait lui-même que cette perspective analytique, soit avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, reflète les conditions nécessaires à l'existence d'un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte mais que le tribunal administratif n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent pour détenir l'autorité nécessaire pour examiner la conformité de sa loi habilitante aux exigences de la Charte²⁸.

29 Despite what he said in *Cuddy Chicks* and his intention of analysing the case from the standpoint of section 52, Mr. Justice La Forest continued his analysis by applying the three-pronged test, as if the issue was whether it was a court of competent jurisdiction under subsection 24(1). This is the same type of analysis as was done by Mr. Justice Noël in *Laflamme*.²⁹

29 Malgré ses propos dans *Cuddy Chicks* et son intention d'analyser le litige sous l'angle de l'article 52, le juge La Forest a poursuivi son analyse en appliquant le critère à trois volets comme s'il devait déterminer s'il s'agissait d'un tribunal compétent sous le paragraphe 24(1). C'est le même type d'analyse qu'a fait le juge Noël dans *Laflamme*.²⁹

30 In the instant case, I do not believe that it is necessary to analyze the question from this standpoint, since, as Mr. Justice La Forest stated, the tribunal need not meet the definition of a court of competent jurisdiction. In the case at bar, no remedy is sought. Rather, the parties are seeking a declaration that certain provisions of the Act are inoperative since they are contrary to the Charter.³⁰ In *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,³¹ the Federal Court of Appeal held:

30 Je ne crois pas, en l'instance, qu'il soit nécessaire d'analyser la question sous cet angle puisque comme l'exprimait le juge La Forest, le tribunal n'a pas à répondre à la définition d'un tribunal compétent. En l'espèce, aucune réparation est recherchée. Les parties recherchent plutôt une déclaration à l'effet que certaines dispositions de la Loi sont inopérantes puisque contraires à la Charte³⁰. Dans *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*³¹, la Cour d'appel fédérale prévoyait:

Rather subsection 24(1) gives a remedial power, and subsection 52(1) a declaratory power, to be exercised in disposing of matters properly before the Court.

Le paragraphe 24(1) prévoit plutôt un pouvoir de réparation et le paragraphe 52(1) un pouvoir de déclaration qui doivent être exercés par la Cour lorsqu'elle se prononce sur les questions dont elle est régulièrement saisie.

31 In my opinion, we must determine whether Parliament gave the tribunal, in its enabling statute, expressly or by implication, a duty to examine questions of law. This is the approach taken by the Trial

31 À mon avis, il faut rechercher si, dans sa loi habilitante, le législateur, expressément ou implicitement, a confié au tribunal l'obligation d'examiner des questions de droit. C'est la démarche suivie par

Division in *Canada (Attorney General) v. Gill*,³² and by me in *Canada (Attorney General) v. Racette-Villeneuve*.³³

la Section de première instance dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Gill*³² ainsi que celle que je suivais dans *Canada (Procureur général) c. Racette-Villeneuve*³³.

32 What are the powers of the Superintendent or his delegates? The Superintendent has the power to suspend or cancel the licence of a trustee or place such conditions on the licence as he considers appropriate where it is in the public interest to do so, after affording the trustee an opportunity for a hearing.

32 Quels sont les pouvoirs du surintendant ou de ses délégués? Le surintendant a le pouvoir de suspendre ou annuler la licence d'un syndic ou de la soumettre aux conditions qu'il juge nécessaires lorsqu'il estime que l'intérêt public le requiert après avoir donné au syndic l'opportunité d'être entendu.

33 Of course, in order to do that, he must apply his enabling statute. In my opinion, however, that is not sufficient for us to conclude that he has the power to determine questions of law. As Mr. Justice Noël stated in *Laflamme*,³⁴ all administrative tribunals may apply their enabling statute. We must analyse the statutory provision, the object of the provision and the general scheme of the Act in order to determine whether Parliament intended to give the tribunal the power to decide questions of law.

33 Bien sûr, pour ce faire, il doit appliquer sa loi habilitante. Mais ceci à mon avis n'est pas suffisant pour conclure qu'il a le pouvoir de trancher des questions de droit. Comme l'exprimait le juge Noël dans *Laflamme*³⁴, tous les tribunaux administratifs peuvent appliquer leur loi habilitante. C'est par l'analyse du texte de loi, de son objet et de l'économie de la loi que l'on pourra déceler l'intention du législateur de confier au tribunal le pouvoir de décider des questions de droit.

34 In the case at bar, after examining the statutory provisions, I conclude that the panel, through the Superintendent or his delegates, did not have the power to determine questions of law.

34 En l'espèce, après avoir étudié les dispositions législatives, j'en viens à la conclusion que le tribunal, par l'entremise du surintendant ou de ses délégués, n'a pas le pouvoir de trancher des questions de droit.

35 Quite the contrary; Parliament has provided an informal process for hearings, and specified that the Superintendent is not bound by the rules of evidence. Matters must be dealt with as the circumstances and a consideration of fairness permit. There is nothing in these provisions to indicate any intention to give the panel responsibility for determining questions of law. In addition, Parliament did not deem it advisable to grant the panel certain powers of investigation under the *Inquiries Act*,³⁵ which powers the Trial Division took into account in *Canada (Attorney General) v. Gill*³⁶ in concluding that the tribunal had declaratory power.

35 Bien au contraire, le législateur a prévu un processus informel pour les auditions prévoyant que le surintendant n'est pas lié par les règles de preuve. Les questions doivent être réglées eu égard aux circonstances et à l'équité. Rien dans ces dispositions n'indique une intention d'imposer au tribunal la responsabilité de trancher des questions de droit. De plus, le législateur n'a pas jugé bon de lui octroyer certains pouvoirs d'enquête en vertu de la *Loi sur les enquêtes*³⁵, pouvoirs dont avait tenu compte la Section de première instance dans *Canada (Procureur général) c. Gill*³⁶ pour conclure au pouvoir de déclaration du tribunal.

36 In *Racette-Villeneuve*,³⁷ in which I held that the Entitlement Board had jurisdiction to determine Charter questions, several statutory provisions in the

36 Dans l'arrêt *Racette-Villeneuve*³⁷, où je décidais que le Comité d'examen avait compétence pour décider des questions relevant de la Charte, plusieurs

enabling legislation implicitly gave the Entitlement Board the power to rule on questions of law. For example, the enabling statute provided that the Board had to provide the applicant with a summary of the law applicable to the applicant's case and the Board's interpretation thereof, to hold hearings *in camera* if it considered that this would not be contrary to the public interest (such a finding necessarily involves points of law) and to determine the legal duty to maintain. In addition, the act granted it certain powers under the *Inquiries Act*.³⁸

37 I was compelled to conclude from that analysis that the panel could determine questions of law. This is not the case here. I have been unable to find any provision that indicates that Parliament intended to assign any such responsibility to it. The panel therefore did not err in determining that it did not have the power to decide the constitutional questions submitted.

38 The applicant Sydney Pfeiffer did not apply for a declaration, as he could have under subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*.³⁹ He therefore did not serve the notice of constitutional question required by section 57 [as am. *idem*, s. 19] of the *Federal Court Act*. Accordingly, this Court cannot consider the question of whether the statutory provisions violate his rights under section 7 of the Charter and paragraph 2(e) of the Bill of Rights. It has been settled since *Tétreault-Gadoury*⁴⁰ that in a judicial review the Court is limited to "overseeing and controlling the legality"⁴¹ of administrative decisions and has no "jurisdiction to make a final determination of the constitutional question"⁴² where the administrative tribunal does not itself have jurisdiction over constitutional questions.

39 The applicant Pfeiffer & Pfeiffer has asked for a declaration that sections 14.01 and 14.02 of the Act are inoperative and contrary to the Bill of Rights. Accordingly, the corporate applicant served the constitutional notice required by section 57 of the *Federal Court Act*.⁴³ The Bill of Rights will be

dispositions législatives de la loi habilitante conféraient implicitement au Comité d'examen le pouvoir de statuer sur des questions de droit. Par exemple, la loi habilitante prévoyait que le comité devait indiquer au requérant un résumé du droit applicable au cas du requérant ainsi que l'interprétation que lui avait donné la Commission, décréter le huis clos lorsqu'il était d'avis qu'il ne serait pas contraire à l'ordre public (cette détermination implique nécessairement des questions de droit), et déterminer l'obligation juridique d'entretenir. De plus, la loi lui octroyait certains pouvoirs en vertu de la *Loi sur les enquêtes*.³⁸

Force m'était donc de conclure de cette analyse que le tribunal pouvait déterminer des questions de droit. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Je n'ai pu trouver aucune disposition qui indique que le législateur a voulu lui confier une telle responsabilité. Le tribunal n'a donc pas erré en déterminant qu'il n'avait pas le pouvoir de statuer sur les questions constitutionnelles soumises.

Le requérant Sydney Pfeiffer n'a pris aucun recours pour jugement déclaratoire tel qu'il lui aurait été loisible de faire en vertu du paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*.³⁹ Il n'a donc pas envoyé l'avis constitutionnel exigé par l'article 57 [mod., *idem*, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Par conséquent, cette Cour ne peut examiner si les dispositions législatives violent ses droits conférés à l'article 7 de la Charte et à l'alinéa 2e) de la Déclaration. En effet, il est établi depuis l'affaire *Tétreault-Gadoury*⁴⁰ qu'en révision judiciaire la Cour n'est limitée qu'à «surveiller et à contrôler la légalité⁴¹» des décisions administratives sans «compétence pour trancher de façon définitive la question constitutionnelle⁴²» lorsque le tribunal administratif n'a lui-même pas la compétence à l'égard de questions constitutionnelles.

Pour ce qui est de la requérante Pfeiffer & Pfeiffer, cette dernière a demandé un jugement déclaratoire en ce que les articles 14.01 et 14.02 de la Loi sont inopérantes et contraires à la Déclaration. Par conséquent, la société requérante a envoyé l'avis constitutionnel exigé par l'article 57 de la *Loi sur la*

examined only in so far as that application was made by the corporate applicant.

*Cour fédérale*⁴³. Ce n'est que dans la mesure où cette demande a été faite par la société requérante que la Déclaration sera examinée.

40 Of course, Pfeiffer & Pfeiffer could not have argued that the provisions of the Act violate its rights under section 7 of the Charter. The wording of section 7 provides that "everyone" has the right to protection of life, liberty and security of the person. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*,⁴⁴ the Supreme Court of Canada held that the expression "everyone" excluded corporations and included only human beings. As well, in *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*,⁴⁵ the Court again held that a corporation could not be deprived of the right to life, liberty or security of the person, and accordingly that it could not rely on section 7 of the Charter.

Bien sûr, la société Pfeiffer & Pfeiffer n'aurait pu prétendre que les dispositions de la Loi violent ses droits conférés par l'article 7 de la Charte. Le libellé de l'article 7 prévoit que «chacun» a le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne. Or, dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*⁴⁴, la Cour suprême du Canada a déclaré que le terme «chacun» excluait toute corporation et n'incluait que des personnes humaines. De même, dans l'affaire *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*⁴⁵, la Cour a à nouveau statué qu'une corporation ne pouvait être dépourvu du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne et qu'en conséquence, ne pouvait se prévaloir de l'article 7 de la Charte.

3. Are the provisions of the Act inoperative in that they are contrary to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*?

3. Les dispositions de la Loi sont-elles inopérantes en ce qu'elles sont contraires à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*?

41 Pfeiffer & Pfeiffer contended that the provisions of the Act are inoperative as contrary to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

La société Pfeiffer & Pfeiffer invoque que les dispositions de la Loi sont inopérantes en ce qu'elle sont contraires à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

42 Paragraph 2(e) of the Bill of Rights provides:

L'alinéa 2e) de la Déclaration prévoit:

2. [Construction of law] Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

2. [Interprétation de la législation] Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

...

...

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations.

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

The first issue here is the scope of the expression "person" which is found in paragraph 2(e). In *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commis-*

Il s'agit en premier lieu d'examiner l'étendue du terme «personne» retrouvé à l'alinéa 2e). Dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunica-*

sion,⁴⁶ the Federal Court of Appeal, commenting on paragraph 2(e), stated:

In this section the word "person" is used in contexts which suggest that it is concerned with natural persons but I see no compelling reason why the word should not be interpreted as referring as well to corporations wherever the subject-matter of a provision in which it is found can have application to corporations. Paragraph 2(e) is, in my view, such a provision.

43 It is therefore possible, in the case at bar, for the corporation to rely on paragraph 2(e). Accordingly, we must consider whether, in the instant case, the Act deprives the corporation of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of its rights and obligations.

44 In *MacBain v. Lederman*,⁴⁷ the Federal Court of Appeal set out the tests that must be met before it can be found that paragraph 2(e) of the Bill of Rights has been violated, at pages 877-878:

... Firstly, it must be shown that a party's "rights and obligations" fall to be determined by a federal tribunal; and, secondly, it must be established that the party concerned was not afforded a "fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".

45 The decision in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*⁴⁸ gave renewed scope to the *Canadian Bill of Rights*. Madam Justice Wilson acknowledged that the dichotomy between privileges and rights had played a role in narrowing the scope of the Bill of Rights, and that the analysis that derived from that dichotomy could not apply in relation to the Charter. She therefore turned to the Charter for her analysis of the issue in *Singh*.

46 However, Mr. Justice Beetz chose to interpret the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] having regard to the Bill of Rights. With respect to the first criterion to be met, in relation to the definition of "rights and obligations", he stated, at page 228:

Be that as it may, it seems clear to me that the ambit of s. 2(e) is broader than the list of rights enumerated in s. 1 which are designated as "human rights and fundamental

tions canadiennes)⁴⁶, la Cour d'appel fédérale, en commentant l'alinéa 2e), s'exprimait ainsi:

Dans cet article, le mot «personne» est utilisé dans des contextes qui laissent supposer qu'il vise des personnes physiques, mais il n'existe pas que je sache de raison impérieuse pour laquelle on ne devrait pas conclure que ce mot vise aussi des sociétés, chaque fois que l'objet de la disposition dans laquelle il se trouve peut s'appliquer à des sociétés. À mon avis, l'alinéa 2e) constitue une disposition de ce genre.

En l'espèce, il est donc possible pour la corporation d'invoquer l'alinéa 2e). Il s'agit, par conséquent, d'examiner si en l'instance la Loi prive la société du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, dans la définition de ses droits et obligations.

44 Dans l'affaire *MacBain c. Lederman*⁴⁷, la Cour d'appel fédérale a élaboré les éléments qui doivent être rencontrés avant de pouvoir conclure à une violation de l'alinéa 2e) de la Déclaration, aux pages 877 et 878:

... premièrement, il faut établir que les «droits et obligations» d'une partie doivent être définis par un tribunal fédéral; et, deuxièmement, que la partie en cause n'a pas eu droit à «une audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale».

45 L'affaire *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*⁴⁸ a ressuscité l'application de la *Déclaration canadienne des droits*. M^{me} le juge Wilson a reconnu que la dichotomie entre les privilèges et les droits avaient contribué à restreindre l'application de la Déclaration et que l'analyse attribuée à cette dichotomie ne pouvait s'appliquer dans le contexte de la Charte. Elle s'en remet donc à cette dernière dans l'analyse du litige de l'affaire *Singh*.

46 Toutefois, le juge Beetz choisissait d'interpréter la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] ayant égard à la Déclaration. Pour ce qui est du premier critère à établir quant à la définition de «droits et obligations», il déclarait, à la page 228:

Quoi qu'il en soit, il me semble évident que l'al. 2e) a une portée plus large que la liste des droits énumérés à l'art. 1 et désignés comme «droits de l'homme et libertés

freedoms” whereas in s. 2(e), what is protected by the right to a fair hearing is the determination of one’s “rights and obligations”, whatever they are and whenever the determination process is one which comes under the legislative authority of the Parliament of Canada. It is true that the first part of s. 2 refers to “the rights or freedoms herein recognized and declared”, but s. 2(e) does protect a right which is fundamental, namely “the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice” for the determination of one’s rights and obligations, fundamental or not. It is my view that . . . the right guaranteed by s. 2(e) is in no way qualified by the “due process” concept mentioned in s. 1(a).

fondamentales», tandis qu’à l’al. 2e), ce que protège le droit à une audition impartiale, c’est la définition des «droits et obligations» d’une personne quels qu’ils soient et dans tous les cas où le processus de définition relève de l’autorité législative du Parlement du Canada. Il est vrai que la première partie de l’art. 2 parle «des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes», mais l’al. 2e) protège un droit fondamental, savoir le «droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale», pour la définition des droits et des obligations d’une personne, qu’ils soient fondamentaux ou non. Je suis d’avis que . . . le droit garanti par l’al. 2e) n’est nullement limité par la notion «d’application régulière de la loi» mentionnée à l’al. 1a).

47 Mr. Justice Beetz concluded that the process of determining refugee claims involved the determination of rights and obligations. However, he added:

47 Pour ce qui est de l’examen de revendications de réfugiés, le juge Beetz concluait qu’il s’agissait de définition de droits et d’obligations. Il ajoutait cependant:

It follows also that this case is distinguishable from cases where a mere privilege was refused or revoked, such as *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, and *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570.⁴⁹

Il s’ensuit également que cette affaire peut être distinguée de celles où un simple privilège a été refusé ou révoqué comme, par exemple, dans les affaires *Prata c. Ministre de la Main-d’oeuvre et de l’Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, et *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570⁴⁹.

48 Most importantly, Mr. Justice Beetz concluded that the “rights” referred to in paragraph 2(e) of the Bill of Rights included rights that went beyond the fundamental rights usually recognized under the concept of “natural justice” or “procedural fairness”. However, a case must nonetheless involve the determination of a person’s “rights”, and a mere privilege will not be protected by paragraph 2(e).

48 Principalement, le juge Beetz concluait que les «droits» de l’alinéa 2e) de la Déclaration comprenaient des droits qui allaient au-delà des droits fondamentaux reconnus usuellement sous la notion de «justice naturelle» ou d’«équité procédurale». Toutefois, il doit tout de même s’agir de la définition de «droits» d’une personne, et un simple privilege ne sera pas protégé par l’alinéa 2e).

49 The question is therefore whether the revocation of a licence to carry on one’s business meets the definition of the determination of a right.

49 La question est donc de savoir si la révocation d’une licence afin de poursuivre ses affaires rencontre la définition d’un droit.

50 There is a body of case law that recognizes that the practice of a profession may constitute a right, and that this right may be protected by either section 7 of the Charter⁵⁰ or section 23 of the Quebec Charter [*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12].⁵¹ It could be argued that this characterization is appropriate, by analogy, in the context of our analysis of paragraph 2(e) of the Bill of Rights. I do not believe so. As we saw earlier, Pfeiffer & Pfeiffer alone has brought an application under paragraph 2(e). A corporation, unlike an individual, cannot claim to be practising a profession.

50 Une certaine jurisprudence reconnaît que l’exercice d’une profession peut constituer un droit et que ce droit peut être protégé soit à l’article 7 de la Charte⁵⁰ soit à l’article 23 de la Charte québécoise [*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12]⁵¹. Certains pourraient prétendre qu’une telle qualification est appropriée par analogie dans le cadre de notre analyse de l’alinéa 2e) de la Déclaration. Je ne le crois pas. Comme nous l’avons vu précédemment, seule la société Pfeiffer & Pfeiffer s’est prévalu d’un recours à l’alinéa 2e). Une société, contrairement à un individu, ne pourrait prétendre

The interests of the corporation in the case at bar are purely economic, and accordingly obtaining a licence can result in nothing more, in my opinion, than a privilege.

- 51 A "licence" is defined in the *Petit Larousse illustré*, 1985 as follows:

[TRANSLATION] Permission granted by the public authorities to practise certain professions, and to import or export various products; authorization to exploit a patent.

- 52 *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*⁵² defines a licence as follows:

When one finds the word "licence" used in a statute the presumption is that it is intended to designate a purely personal privilege.

- 53 It is quite common for it to be necessary to obtain a licence in order to operate a business. For example, the individual in question in *Joys v. M.N.R.*⁵³ had a commercial fishing licence. The Federal Court of Appeal held that the issuance of a licence was a function of the Minister's discretion, and added, at page 164:

It is clear law that a fishing licence is a privilege granted by the Minister and in the renewal of which the licence holder has no vested right.

- 54 In *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*,⁵⁴ the CRTC had limited the renewal of broadcasting licences to the company in question. The Court of Appeal acknowledged that the broadcasting company had a licence at the time a direction concerning renewal was issued, and held, with respect to the application of paragraph 2(e) of the Bill of Rights, at page 429:

The appellant had, however, no vested or other property right to have its licences renewed or to have the authority of the Commission maintained either until the disposition of its application or for the future.

- 55 Having regard to these decisions, it would be difficult for me to conclude that the revocation of the applicants' licence meets the definition of a

à l'exercice d'une profession. Les intérêts de la société en l'espèce sont purement économiques et de ce fait, l'obtention d'une licence ne peut entraîner rien de plus à mon avis, qu'un privilège.

- Une «licence» est définie dans le *Petit Larousse illustré*, 1985 comme: 51

Permission accordée par les pouvoirs publics en vue de l'exercice de certaines professions, ainsi que pour l'importation ou l'exportation de divers produits; autorisation d'exploiter un brevet.

- Le *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*⁵², définit la licence en ces termes: 52

[TRADUCTION] Le mot «licence» dans une disposition législative est présumé désigner un privilège purement personnel.

- La nécessité d'obtenir une licence afin d'opérer une entreprise est chose courante. Par exemple, dans *Joys c. M.R.N.*⁵³, il s'agissait d'un individu qui possédait une licence de pêche commerciale. La Cour d'appel fédérale déclarait que l'émission d'une licence provenait d'un pouvoir discrétionnaire du ministre et ajoutait, à la page 164: 53

Il est clair que selon le droit, un permis de pêche est un privilège accordé par le ministre et que son titulaire n'a aucun droit acquis à son renouvellement.

- Dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*⁵⁴, le CRTC avait limité le renouvellement des licences de télédiffusion à la société en question. La Cour d'appel, en reconnaissant que la société de radiodiffusion détenait une licence au moment où les instructions quant au renouvellement ont été émises, a déclaré sur l'application de l'alinéa 2e) de la Déclaration, à la page 429: 54

L'appelante ne possédait cependant aucun droit acquis ni autre droit de propriété lui permettant d'obtenir que ses licences soient renouvelées ou que la décision du Conseil soit maintenue jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur sa demande ou pour l'avenir.

- Compte tenu de cette jurisprudence, il m'est difficile de conclure que la révocation de la licence des requérants répond à la définition d'un «droit». Dans 55

“right”. In the circumstances, since this was merely a privilege, Pfeiffer & Pfeiffer does not satisfy the first element of the test developed in *MacBain* and accordingly cannot rely on paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

56 For these reasons, the applications for judicial review are dismissed.

¹ R.S.C., 1985, c. B-3, as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2.

² S.C. 1960, c. 44, reproduced in R.S.C., 1985, Appendix III.

³ 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].

⁴ (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.).

⁵ R.S.C., 1985, c. F-7, s. 5 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 127].

⁶ (November 26, 1993), Montréal 500-05-010002-937, JE 94-70 (S.C.).

⁷ *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd. et al.* (1994), 86 F.T.R. 77 (F.C.T.D.).

⁸ [1995] 3 F.C. 174 (T.D.).

⁹ (May 31, 1983), T-153-83, [[1983] F.C.J. No. 429 (T.D.) (QL).

¹⁰ [1974] 1 F.C. 22 (C.A.), at p. 34.

¹¹ Cases in which the Court has intervened in interlocutory decisions: *Salinas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 221 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Public Service Staff Relations Board*, [1990] 1 F.C. 297 (T.D.); *Bova v. Public Service Commission Appeal Board (Can.)* (1990), 120 N.R. 186 (F.C.A.).

¹² [1992] 1 F.C. 133 (C.A.), at p. 140.

¹³ R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, Vol. 1, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1985, at pp. 122-127; P. Garant, *Précis de droit des administrations publiques*, Cowansville: Yvon Blais, 1987, at pp. 65-66, 76-77; P. Garant, *Droit administratif*, Vol. 1, 3rd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991, at pp. 159-163.

¹⁴ [1990] 3 S.C.R. 570.

¹⁵ [1991] 2 S.C.R. 5.

¹⁶ [1991] 2 S.C.R. 22.

¹⁷ *Douglas College, Cuddy Chicks, Tétreault-Gadoury*, supra notes 14, 15 and 16; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75.

¹⁸ *Supra*, note 8.

¹⁹ *Supra*, note 16, at p. 32.

les circonstances, puisqu'il ne s'agit que d'un privilège, la société Pfeiffer & Pfeiffer ne rencontre pas le premier volet du test élaboré dans l'arrêt *MacBain* et ne peut par conséquent, invoquer une violation à l'alinéa 2e) de la Déclaration.

Pour ces motifs, les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées. 56

¹ L.R.C. (1985), ch. B-3, mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2.

² S.C. 1960, ch. 44, reproduite dans L.R.C. (1985), appendice III.

³ 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].

⁴ (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.).

⁵ L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 5 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 127].

⁶ (26 novembre 1993), Montréal 500-05-010002-937, JE 94-70 (C.S.).

⁷ *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd. et al.* (1994) 86 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.).

⁸ [1995] 3 C.F. 174 (1^{re} inst.).

⁹ (31 mai 1983), T-153-83, [[1983] A.C.F. n° 429 (1^{re} inst.) (QL).

¹⁰ [1974] 1 C.F. 22 (C.A.), aux p. 34 et 35.

¹¹ Cas dans lesquelles la Cour est intervenue dans des décisions interlocutoires: *Salinas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 221 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1990] 1 C.F. 297 (1^{re} inst.); *Bova c. Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (Can.)* (1990), 120 N.R. 186 (C.A.F.).

¹² [1992] 1 C.F. 133 (C.A.), à la p. 140.

¹³ R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd., Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1984, aux p. 156 à 163; P. Garant, *Précis de droit des administrations publiques*, Cowansville: Yvon Blais, 1987, aux p. 65 et 66, 76 et 77; P. Garant, *Droit administratif*, vol. 1, 3^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1991, aux p. 159 à 163.

¹⁴ [1990] 3 R.C.S. 570.

¹⁵ [1991] 2 R.C.S. 5.

¹⁶ [1991] 2 R.C.S. 22.

¹⁷ *Douglas College, Cuddy Chicks, Tétreault-Gadoury*, supra notes 14, 15 et 16; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75.

¹⁸ *Supra*, note 8.

¹⁹ *Supra*, note 16, à la p. 32.

- ²⁰ [1992] 3 F.C. 3 (T.D.).
- ²¹ *Douglas College*, *supra*, note 14.
- ²² *Cuddy Chicks*, *supra*, note 15.
- ²³ *Tétreault-Gadoury*, *supra*, note 16, at pp. 37-38.
- ²⁴ *Supra*, note 8.
- ²⁵ [1995] 2 S.C.R. 929.
- ²⁶ *Supra*, note 17.
- ²⁷ [1986] 1 S.C.R. 863.
- ²⁸ *Supra*, note 15, at p. 14.
- ²⁹ *Supra*, note 8.
- ³⁰ *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*, note 12.
- ³¹ *Ibid.*, at p. 138.
- ³² *Supra*, note 20.
- ³³ (April 13, 1995), T-1259-94 [[1995] A.C.F. No. 581 (T.D.) (QL).
- ³⁴ *Supra*, note 8.
- ³⁵ R.S.C., 1985, c. I-11.
- ³⁶ *Supra*, note 20.
- ³⁷ *Supra*, note 33.
- ³⁸ *Supra*, note 35.
- ³⁹ *Supra*, note 5.
- ⁴⁰ *Supra*, note 16.
- ⁴¹ *Ibid.*, at p. 37.
- ⁴² *Ibid.*, at pp. 37-38.
- ⁴³ *Supra*, note 5.
- ⁴⁴ [1989] 1 S.C.R. 927.
- ⁴⁵ [1990] 1 S.C.R. 705.
- ⁴⁶ *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.), at p. 428; the same conclusions are found in *National Anti-Poverty Organization v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 208 (T.D.), at p. 236.
- ⁴⁷ [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).
- ⁴⁸ [1985] 1 S.C.R. 177.
- ⁴⁹ *Ibid.*, at p. 228.
- ⁵⁰ *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (B.C.C.A.), at p. 195; *Howard v. Architectural Institute (B.C.)* (1989), 39 Admin. L.R. 277 (B.C.S.C.), at pp. 283-286; *Richardson v. Assn. of Pro. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709 (B.C.S.C.), at pp. 716-717; *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339 (S.C.), at pp. 349-351, 352-353.
- ⁵¹ *Ptack c. Comité de l'Ordre des dentistes du Québec*, [1993] R.L. 305 (Que. C.A.), at pp. 310-311.
- ⁵² 5th éd., 1986.
- ⁵³ [1996] 1 F.C. 149 (C.A.).
- ⁵⁴ *Supra*, note 46.
- ²⁰ [1992] 3 C.F. 3 (1^{re} inst.).
- ²¹ *Douglas College*, *supra*, note 14.
- ²² *Cuddy Chicks*, *supra*, note 15.
- ²³ *Tétreault-Gadoury*, *supra*, note 16, aux p. 37 et 38.
- ²⁴ *Supra*, note 8.
- ²⁵ [1995] 2 R.C.S. 929.
- ²⁶ *Supra*, note 17.
- ²⁷ [1986] 1 R.C.S. 863.
- ²⁸ *Supra*, note 15, à la p. 14.
- ²⁹ *Supra*, note 8.
- ³⁰ *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *supra*, note 12.
- ³¹ *Ibid.*, à la p. 138.
- ³² *Supra*, note 20.
- ³³ (13 avril 1995), T-1259-94, [[1995] A.C.F. n° 581 (1^{re} inst.) (QL).
- ³⁴ *Supra*, note 8.
- ³⁵ L.R.C. (1985), ch. I-11.
- ³⁶ *Supra*, note 20.
- ³⁷ *Supra*, note 33.
- ³⁸ *Supra*, note 35.
- ³⁹ *Supra*, note 5.
- ⁴⁰ *Supra*, note 16.
- ⁴¹ *Ibid.*, à la p. 37.
- ⁴² *Ibid.*, aux p. 37 et 38.
- ⁴³ *Supra*, note 5.
- ⁴⁴ [1989] 1 R.C.S. 927.
- ⁴⁵ [1990] 1 R.C.S. 705.
- ⁴⁶ *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.), à la p. 428. Les mêmes conclusions sont retrouvées dans *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 208 (1^{re} inst.), à la p. 236.
- ⁴⁷ [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).
- ⁴⁸ [1985] 1 R.C.S. 177.
- ⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 228.
- ⁵⁰ *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A. C.-B.), à la p. 195; *Howard v. Architectural Institute (B.C.)* (1989), 39 Admin. L.R. 277 (C.S.C.-B.), aux p. 283 à 286; *Richardson v. Assn. of Pro. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709 (C.S.C.-B.), aux p. 716 et 717; *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339 (C.S.), aux p. 349 à 351, 352 et 353.
- ⁵¹ *Ptack c. Comité de l'Ordre des dentistes du Québec*, [1993] R.L. 305 (C.A. Qué.), aux p. 310 et 311.
- ⁵² 5 éd., 1986.
- ⁵³ [1996] 1 C.F. 149 (C.A.).
- ⁵⁴ *Supra*, note 46.

T-978-95

T-978-95

Privacy Commissioner of Canada (*Applicant*)**Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada** (*requérant*)

v.

c.

Canada Labour Relations Board (*Respondent*)**Le Conseil canadien des relations du travail** (*intimé*)

and

et

The Public Service Staff Relations Board, the Human Rights Tribunal, the Canadian International Trade Tribunal, and the National Transportation Agency of Canada (*Intervenors*)**La Commission des relations de travail dans la fonction publique, le Tribunal des droits de la personne, le Tribunal canadien du commerce extérieur et l'Office national des transports du Canada** (*intervenants*)**INDEXED AS: CANADA (PRIVACY COMMISSIONER) v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE) c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Noël J.—Ottawa, June 12 and August 12, 1996.

Section de première instance, juge Noël—Ottawa, 12 juin et 12 août 1996.

Administrative law — Application under Privacy Act for review of CLRB refusal to disclose members' notes made at hearing — Privacy Act, s. 22(1)(b) exempting personal information from disclosure where could reasonably be injurious to enforcement of any law in Canada — Notes exempt from disclosure under s. 22(1)(b) — Adjudicative privilege, judicial independence reviewed — Application to administrative tribunals requesting from Court enforcement of rules of natural justice — Disclosure of notes revealing decision-making process of CLRB members, compromising CLRB's operations to extent reasonable expectation of probable harm to performance of statutory function by removing tool essential to performance of duty, requiring CLRB to retain personal information in notes for two years — Conclusion supported by s. 119, affording CLRB members immunity from testifying.

Droit administratif — Demande présentée en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours d'une audience — L'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels exempte de l'obligation de divulgation les renseignements personnels dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales — Les notes font l'objet d'une exemption en vertu de l'art. 22(1)b) — Examen du privilège décisionnel et des principes d'indépendance judiciaire — Leur application à des tribunaux administratifs exige que les tribunaux judiciaires veillent au respect des règles de la justice naturelle — La divulgation des notes dévoilerait le processus décisionnel des membres du CCRT, nuirait au fonctionnement du CCRT, d'où l'on pourrait avec raison appréhender une entrave au bon exercice des fonctions que lui confie la Loi en le privant d'un outil essentiel à l'accomplissement de ses fonctions, et obligerait le CCRT à conserver les renseignements personnels consignés dans des notes durant une période de deux ans — À l'appui de cette conclusion, l'art. 119 dispose que les membres du CCRT ne sont pas tenus de déposer dans une action.

Judges and Courts — Application under Privacy Act for review of CLRB's refusal to disclose members' notes made at hearing — Notes made by judge at hearing within adjudicative privilege as revealing judge's mental

Juges et tribunaux — Demande présentée en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres

processes — Necessity judges able to make notes free from fear notes subject to subsequent disclosure for purposes other than those intended — Liberty of judge to decide case essence of judicial independence — Requires absence of interference by outsider with way in which judge arrives at decision — Application of judicial independence principles imported into administrative law by Court enforcement of rules of natural justice.

Labour relations — Bus driver complaining to CLRB not fairly represented by Union — CLRB dismissing complaint — Bus driver making personal information request under Act — Notes made by Board members at hearing withheld as aide-memoire of quasi-judicial tribunal, not under Board control — Application to F.C.T.D. under Privacy Act for review of refusal — Courts enforcing rules of natural justice re: CLRB under Code's judicial review mechanism, Federal Court Act, ss. 28, 18.1 — Court must ensure Board having freedom to decide independently, free from outside interference — Operations of CLRB, discharge of statutory duties compromised if members' mental processes revealed by disclosure of notes — Code s. 119 (CLRB members not required to testify in civil action) illustrating Parliamentary intent of shielding CLRB members from intrusions into thought processes — Notes not under control of CLRB — Were revealed to Commissioner on "without prejudice" basis, upon members' consent.

Privacy — Application under Act for review of CLRB refusal to disclose members' notes taken at hearing — Notes running commentary of hearing, author's comments — Neither Canada Labour Code nor Board policy regulating creation, maintenance, disposal of notes — Privacy Act, s. 22(1)(b) exempting personal information from disclosure where could reasonably be injurious to enforcement of any law in Canada — Application dismissed — (1) Notes exempt from disclosure under s. 22(1)(b) — Reasonable expectation of probable harm from disclosure as removing tool essential to performance of statutory function, requiring CLRB to collate, retain personal

du Conseil au cours d'une audience — Les notes prises par un juge au cours d'une audience sont au cœur même du privilège décisionnel, puisque ces notes révèlent la démarche intellectuelle retenue par le juge — Un juge doit pouvoir prendre des notes, libre de toute crainte que ces notes auront par la suite à être divulguées à des fins qui ne sont pas celles de leur auteur — La liberté du juge de trancher les affaires qui lui sont soumises ressort de l'essence même de l'indépendance judiciaire — Cette liberté ne peut exister que si le juge est complètement libre de toute immixtion par des personnes de l'extérieur dans la manière dont il mène le procès et prend sa décision — Les principes d'indépendance judiciaire ont été introduits dans le domaine administratif par les tribunaux judiciaires qui ont veillé au respect des règles de la justice naturelle.

Relations du travail — Un chauffeur d'autobus s'est plaint auprès du CCRT de ne pas avoir été représenté équitablement par son syndicat — Le CCRT a rejeté la plainte — Le chauffeur d'autobus a présenté une demande de renseignements personnels en vertu de la Loi — Les notes prises par les membres du Conseil lors de l'audience ont été considérées comme étant des aide-mémoire d'un tribunal quasi-judiciaire et ne relevant pas du Conseil — Une demande a été présentée à la Section de première instance de la Cour fédérale en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision du refus — Les tribunaux judiciaires appliquent les règles de la justice naturelle en ce qui concerne le CCRT en recourant au mécanisme de contrôle judiciaire prévu dans le Code et aux art. 28 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale — La Cour doit veiller à ce que le Conseil ait la liberté de trancher en toute indépendance sans ingérence aucune — Si la démarche intellectuelle des membres du Conseil était dévoilée par la divulgation des notes, cela nuirait au fonctionnement du CCRT et à l'exercice des fonctions que lui confie la Loi — L'art. 119 du Code (les membres du CCRT ne sont pas tenus de déposer dans une action civile) illustre bien l'intention du législateur de mettre les membres du CCRT à l'abri de toute ingérence dans leurs démarches intellectuelles — Les notes ne relevaient pas du CCRT — Elles ont été dévoilées au Commissaire «sans préjudice» et avec le consentement des membres du Conseil.

Protection des renseignements personnels — Demande présentée en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours d'une audience — Les notes constituaient un compte rendu lapidaire de l'audience avec des observations de leurs auteurs — Ni le Code canadien du travail ni la politique du Conseil ne réglementent la rédaction, la conservation et la disposition des notes — L'art. 22(1)(b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels exempte de l'obligation de divulgation les renseignements personnels

information in notes for two years — (2) Notes not under “control” of CLRB within s. 12(1)(b) (right of access to personal information under control of government institution).

This was an application by the Privacy Commissioner for review of the Canada Labour Relations Board’s (CLRB) refusal to disclose notes taken by Board members during the hearing of a complaint that a workman had not been fairly represented by his union. The notes were a point form running commentary of the hearing with occasional comments by the authors. There is no requirement either in the *Canada Labour Code* or Board policy or procedure pertaining to the creation, maintenance and disposal of notes taken by members during a public hearing. A privacy officer reviewed the notes “without prejudice” to the CLRB’s representations and concluded that they contained personal information about the complainant who had appeared before the Board and who had originally requested the information.

Privacy Act, paragraph 12(1)(b) gives every Canadian citizen or permanent resident a right of access to “any other personal information about the individual under the control of a government institution”. Paragraph 22(1)(b) provides that the head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested where disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada. The CLRB submitted that requiring disclosure of the notes of Board members “could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law in Canada” within the meaning of paragraph 22(1)(b) because it would interfere with the independence and intellectual freedom of quasi-judicial decision makers acting under the *Canada Labour Code* by revealing their personal decision-making processes and by causing them to alter the manner in which they arrive at decisions. It also submitted that the notes were not information within its “control” within the meaning of *Privacy Act*, section 12.

dont la communication risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales — Demande rejetée — (1) Les notes faisaient l’objet d’une exemption en vertu de l’art. 22(1)b — On pourrait avec raison appréhender que la divulgation prive le CCRT d’un outil essentiel à l’accomplissement des fonctions que lui confie la loi et l’oblige à rassembler et à conserver les renseignements personnels consignés dans des notes durant une période de deux ans — (2) Les notes ne «relevaient» pas du CCRT au sens de l’art. 12(1)b (droit d’accès aux renseignements personnels relevant d’une institution fédérale).

Il s’agissait d’une demande présentée par le Commissaire à la protection de la vie privée en vue de la révision de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail (le CCRT) a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours de l’audition d’une plainte selon laquelle un travailleur n’avait pas été représenté équitablement par son syndicat. Les notes constituaient un compte rendu lapidaire de l’audience avec, à l’occasion, des observations de leurs auteurs. On ne trouve en la matière aucune condition fixée dans le *Code canadien du travail* ou dans la politique ou la procédure du Conseil touchant la rédaction, la conservation et la disposition de notes prises par des membres du Conseil au cours d’une audience publique. Un agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l’accès à l’information a examiné les notes «sans préjudice» aux observations du CCRT et a conclu qu’elles contenaient des renseignements personnels concernant le plaignant qui avait comparu devant le Conseil et qui avait demandé les renseignements initialement.

L’alinéa 12(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère à tout citoyen canadien et à tout résident permanent le droit de se faire communiquer «les autres renseignements personnels le concernant et relevant d’une institution fédérale». L’alinéa 22(1)b) prévoit que le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales. Le CCRT a soutenu que la communication des notes des membres du Conseil «risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales» au sens de l’alinéa 22(1)b) en portant atteinte à l’indépendance et à la liberté intellectuelle de décideurs quasi-judiciaires exerçant leurs fonctions dans le cadre du *Code canadien du travail*, en divulguant leur démarche intellectuelle personnelle et en les portant à modifier la manière dont ils parviennent à leurs décisions. Il a soutenu également que les notes ne constituaient pas des renseignements «relevant» de lui au sens de l’article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

The issues were: (1) whether the notes were exempt under paragraph 22(1)(b); (2) whether the notes contained "personal information"; and (3) whether the notes were "under the control" of the CLRB, and alternatively, whether they should be under Board control.

Held, the application should be dismissed.

The notes revealed some of the thought processes and the decision-making processes of the CLRB members, in so far as the comments respecting the credibility of witnesses or the cogency of evidence presented by the parties at a hearing reflect the personal reactions of the member to the evidence and submissions of the parties, and in so far as these notes are said to be an essential part of the Board member's decision-making process.

The members of the CLRB are the ultimate triers of fact in matters that come before them under the Code, and their determinations on questions of law falling within the jurisdiction conferred upon them by the Code were final.

The notes taken by a judge during a hearing are within the adjudicative privilege as they may reveal the judge's mental processes in arriving at a decision over and beyond what is revealed by the reasons given for the decision. By their nature, notes are intended to record for future use the thought process of a judge on specific points as the hearing unfolds. Because ongoing impressions are important and memories fade, judges must be able to take notes free from any intrusion and in particular, free from the fear that the notes could thereafter be subject to disclosure for purposes other than that for which they were intended. A judge must have total freedom as to what is noteworthy, and the certainty that no one can question his wisdom in this regard. To allow hearing notes to be used by others for purposes other than that for which they were intended would fundamentally impede the use of a tool that is essential to the judiciary, namely the ability and freedom to note matters of one's choice as the hearing unfolds for the sole and exclusive purpose of assisting the judge in arriving at the correct decision. Complete liberty of individual judges to decide the cases that come before them is the very essence of the principle of judicial independence. Complete liberty to decide can only exist if the judge is entirely free from interference in fact or attempted interference by any "outsider" with the way in which the judge conducts the case and makes his or her decision.

The principles for judicial independence have been applied to administrative tribunals which settle disputes and determine the rights of parties. They were imported

Il s'agissait de savoir: (1) si les notes faisaient l'objet d'une exemption en vertu de l'alinéa 22(1)b); (2) si elles contenaient des «renseignements personnels»; et (3) si elles «relevaient» du CCRT et, subsidiairement, si elles devraient relever du Conseil.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Les notes dévoilaient une partie de la démarche intellectuelle et du processus décisionnel des membres du CCRT, dans la mesure où les observations au sujet de la crédibilité d'un témoin ou de la force des arguments avancés à l'audience sont le reflet de réactions personnelles aux preuves et aux arguments présentés par les parties et dans la mesure où ces notes sont considérées comme une partie essentielle du processus décisionnel des membres du Conseil.

Les membres du CCRT sont, en dernier ressort, juges des faits dans les affaires dont ils sont saisis en vertu du Code, et les décisions qu'ils rendent sur les questions de droit relevant de la compétence que leur confère le Code sont définitives.

Les notes prises par un juge au cours d'une audience sont au cœur même du privilège décisionnel, puisque ces notes sont susceptibles de révéler la démarche intellectuelle retenue par le juge pour parvenir à sa décision, au-delà de ce que nous révèlent les motifs du jugement. Par leur nature même, ces notes sont utilisées par le juge pour consigner ses réflexions sur certains points précis, réflexions dont il aura à se servir plus tard. Vu l'importance de consigner ses réflexions au fur et à mesure et vu les incertitudes de la mémoire, un juge doit pouvoir prendre des notes, libre de toute ingérence, et notamment libre de toute crainte que ces notes aient par la suite à être divulguées à des fins qui ne sont pas celles de leur auteur. Un juge doit avoir l'entière liberté de décider de ce qu'il convient de noter ou non, et être certain que personne ne pourra par la suite venir mettre en doute la sagesse de ses résolutions. Le fait de permettre que les notes d'audience soient utilisées par d'autres, à des fins différentes de celles de leur auteur, freinerait manifestement l'utilisation d'un outil essentiel au pouvoir judiciaire, à savoir la faculté et la liberté de noter ce qui nous paraît devoir être noté au fur et à mesure que l'audience se déroule, et cela dans le but unique et exclusif d'aider le juge à parvenir à une juste décision. La liberté complète de chaque juge de trancher les affaires qui lui sont soumises ressort de l'essence même du principe de l'indépendance judiciaire. La liberté complète de trancher ne peut exister que si le juge est complètement libre de toute immixtion par des personnes de l'extérieur, dans la manière dont il mène le procès et prend sa décision.

Les principes d'indépendance judiciaire ont été appliqués à des tribunaux administratifs qui se prononcent sur les droits des parties en tranchant des litiges. Ils ont été

into the sphere of administrative decision-making through the enforcement by the courts of the rules of natural justice. Courts will enforce the rules of natural justice in so far as the CLRB is concerned via the judicial review mechanism established by the Code, section 22 and *Federal Court Act*, sections 28 and 18.1. While judicial review will sometimes require a court to closely examine the internal aspects of the decision-making process when confronted with "valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice", and while, to that extent, administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as courts, there is no other principle or authority which would authorize an intrusion into the thought process of a decision maker beyond what is revealed by the reasons. To ensure that administrative tribunals make their decisions in accordance with the rules of natural justice, the Court must ensure that the tribunal possesses the freedom to decide matters independently, without interference from anyone at any time. Regulated and systematic intrusions by outsiders into the thought process of a decision maker as it may be revealed by the hearing notes would impact negatively on the integrity of the decision-making process.

(1) The respondent met the burden placed upon it by paragraph 22(1)(b) and established that disclosure of the notes, by revealing the mental processes and ultimately, the decision-making processes of its members, would compromise its operations. The workings of the CLRB as an adjudicative tribunal called upon to dispose of substantive rights would be impeded to the point that a reasonable expectation of probable harm to the performance of its statutory functions under the Code would result from the requested disclosure. The regulated disclosure of hearing notes under the *Privacy Act* would take away from the CLRB a tool that is essential to the performance of its duty. If the notes are not exempt from disclosure, any "personal information" contained therein, including all expressions of opinions pertaining to litigants, lawyers and witnesses would, by law, have to be collated and retained in an information bank by the Board for at least two years. That prospect raised a reasonable expectation of probable harm to the performance by the Board of its duties under the Code.

Further support for this conclusion is found in Code, section 119 which provides that CLRB members cannot be required to give evidence in a civil action or other proceeding respecting information obtained in the discharge of their duties. Section 119 illustrates Parliament's intent to shield CLRB members from intrusions into the thought processes underlying their decisions.

introduits dans le domaine administratif par les tribunaux judiciaires qui ont veillé au respect des règles de la justice naturelle. En ce qui concerne le CCRT, les tribunaux veilleront au respect des règles de la justice naturelle au moyen de la procédure de contrôle judiciaire prévue à l'article 22 du Code et aux articles 28 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Alors que, dans le cas où il existe des «raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle», le contrôle judiciaire va parfois exiger d'un tribunal qu'il se penche de près sur les aspects internes du processus décisionnel et alors que, en cela, les tribunaux administratifs ne peuvent pas invoquer le secret du délibéré au même degré que peuvent le faire les tribunaux de l'ordre judiciaire, il n'existe par ailleurs aucun principe, aucune règle, autorisant les ingérences dans la démarche intellectuelle d'un décideur au-delà de ce qu'il a lui-même pu livrer dans ses motifs. Pour s'assurer que les tribunaux administratifs statuent conformément aux règles de justice naturelle, les cours de justice doivent veiller à ce que les tribunaux administratifs aient la liberté de trancher en toute indépendance sans ingérence aucune. Une ingérence systématique et officialisée dans la démarche intellectuelle d'un décideur, telle celle qu'entraînerait la divulgation des notes d'audience, nuirait à l'intégrité du processus décisionnel.

(1) L'intimé a rapporté la preuve qui lui incombait de par l'alinéa 22(1)(b) et il a établi que la divulgation des notes, en dévoilant la démarche intellectuelle et, partant, le processus décisionnel de ses membres, nuirait au bon fonctionnement du Conseil. La divulgation des documents demandés nuirait au fonctionnement du CCRT, tribunal appelé à se prononcer sur les droits et les obligations, d'où l'on pourrait avec raison appréhender une entrave au bon exercice des fonctions que lui confie le Code. En officialisant la divulgation des notes d'audience au titre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, on priverait le CCRT d'un outil qui paraît essentiel à l'accomplissement de ses fonctions. Si l'on n'exempte pas ces notes, tout «renseignement personnel» qu'elles contiennent, y compris les opinions concernant les plaideurs, les avocats et les témoins, devront, d'après la loi, être systématiquement rassemblées par le CCRT et conservées dans un fichier pendant au moins deux ans. Il serait alors à craindre que cela nuise à l'exercice, par le Conseil, des fonctions que lui confie le Code.

À l'appui de cette conclusion, on pourrait également invoquer l'article 119 du Code, qui dispose que les membres du CCRT ne peuvent être tenus de déposer dans une action — ou toute autre procédure — au civil, relativement à des renseignements obtenus dans l'exercice des fonctions qui leur sont confiées. L'article 119 illustre bien l'intention du législateur de mettre les membres du CCRT à l'abri de toute ingérence dans la démarche intellectuelle qui sous-tend leurs décisions.

(2) The applicant argued that since the Access Act exempts “accounts of consultations or deliberations” involving officers of a government institution, but the *Privacy Act* does not, an inference must be drawn that adjudicative privilege was not intended to guard information from disclosure under the *Privacy Act*. It is more likely that the legislator did not envisage that accounts of consultations and deliberations were susceptible of containing the type of “information” targeted by the *Privacy Act*. The term “personal information” encompasses “information” of a personal nature, including that which relates to matters enumerated in section 3, but also extends to the “views” or “opinions” held by an individual about someone else. But it is doubtful that anything expressed by a decision maker in the course of consultations or deliberations is “personal information” about an individual because nothing recorded by a decision maker in the course of deliberations is intended to inform. Furthermore, whatever the “views” or “opinions” expressed by the decision maker, they are not “views” or “opinions” of the decision maker, unless and until they are in the eventual reasons for the decision. The *Privacy Act* is aimed at information that is capable of being used as such. Recorded consultations and deliberations are neither. The Act limits the collection of private information by government to what is necessary for its operations, and where such information must be collected, it requires it to be “as accurate, up-to-date and complete as possible”. To ensure this result, the individual is given access to information relating to him or her and is given the right to make corrections, or to insist that notations reflecting his or her point of view be attached to such information. Accounts of consultations and deliberations do not lend themselves to notations and corrections.

(3) The notes were not “under the control” of the CLRB. (i) The mere fact that the CLRB was able to produce the notes for review did not establish its control over them. The notes were produced for review on a “without prejudice” basis in the hope that the Commissioner might abandon their pursuit. This review occurred after the respondent had obtained the consent of the members. In these circumstances, for the Commissioner to argue that the Board had control over these notes bordered on deception. (ii) In enacting the Access Act and *Privacy Act*, Parliament intended to make accessible information coming under the control of a government institution in

(2) Le requérant a soutenu que, comme la *Loi sur l'accès à l'information* exempte de l'obligation de divulgation le «compte rendu des consultations ou des délibérations» auxquelles ont participé les agents d'une institution fédérale, mais que cette exemption ne figure pas dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il faut conclure que le privilège décisionnel n'est pas censé soustraire ces renseignements à l'obligation de divulgation au titre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il est plus probable que le législateur n'a pas estimé qu'un compte rendu de consultations et de délibérations soit susceptible de contenir le genre de «renseignements» visés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'expression «renseignements personnels» comprend «les renseignements» de nature personnelle, y compris les renseignements touchant des domaines énumérés à l'article 3, mais elle s'entend aussi de «points de vue» ou d'«opinions» qu'un individu entretient sur autrui. Mais, il est peu probable que puisse être considéré comme un «renseignement personnel» concernant un individu ce qu'un décideur pourrait exprimer au cours de consultations ou de délibérations, car les choses consignées par un décideur dans le cadre de délibérations n'ont pas pour objet d'informer. Qui plus est, et quels que soient les «points de vue» ou les «opinions» exprimés par le décideur, on ne peut pas dire qu'il s'agisse des «points de vue» ou des «opinions» du décideur, à moins que ces éléments ne se retrouvent éventuellement dans les motifs de la décision. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise des renseignements destinés à informer qui sont susceptibles d'un tel usage. Les consultations et les délibérations consignées ne répondent à ni l'un ni l'autre de ces critères. La Loi prévoit que le gouvernement ne recueillera, en matière de renseignements personnels, que ceux qui sont nécessaires à son fonctionnement et, là où de tels renseignements doivent être recueillis, elle exige qu'ils soient «à jour, exacts et complets». À cette fin, on reconnaît à l'intéressé un droit d'accès aux renseignements qui le concernent, ainsi que le droit d'y apporter des corrections, ou d'insister pour que soient ajoutées à ces renseignements des mentions reflétant son point de vue. Or, un compte rendu de consultations ou de délibérations ne se prête guère aux mentions et aux corrections.

(3) Les notes ne «relevaient» pas du CCRT. (i) Le simple fait que le CCRT ait pu produire les notes en vue de leur examen n'établit pas qu'il en ait eu le contrôle. Les notes ont été produites pour être soumises à un examen «sans préjudice», dans l'espoir que le Commissaire cesserait de les réclamer. Cet examen a eu lieu après que l'intimé eut obtenu le consentement des membres. Le fait que, dans ce contexte, le Commissaire affirme que le Conseil avait le contrôle de ces notes frisait la mauvaise foi. (ii) En adoptant la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information*, le législateur a entendu donner accès aux renseignements

the course of the fulfilment of its statutory functions. There is no requirement either in the *Canada Labour Code*, or in the CLRB policy or procedure touching upon the notes. The notes are viewed by their authors as their own. The CLRB members are free to take notes as and when they see fit, and may simply choose not to do so. The notes are intended for the eyes of the author only. The members maintain responsibility for the care and safe keeping of the notes and can destroy them at any time. Finally, the notes are not part of the official records of the Board and are not contained in any other record keeping system over which the CLRB has administrative control. That records are left or kept on the government institution's premises does not bring the records within the "control" of the institution. What is contemplated is control in any form so long as it is exercised in a lawful fashion. It is inconceivable that the *Privacy Act* could compel a government institution to intrude into the records of a third party in breach of that person's right to privacy in order to satisfy the privacy rights of others. (iii) The CLRB does not purport to have and has not exercised either *de facto* or *de jure* control over the notes. It has not made regulations asserting any form of control over the notes of its members because such a course of action was not considered to be conducive to the proper performance of its duties. It is doubtful that the CLRB's rule making authority relating to "procedure for its hearing" authorizes the imposition of note-taking on CLRB members or the exercise of some other form of control over them. There was no basis for suggesting that the CLRB was somehow failing to exercise jurisdiction over the notes.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. 1, ss. 2, 19(1), 20.
Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 3 "record", 4, 7, 10, 16, 19, 20, 21, 30, 37, 41, 42, 54, 70, 72, Sch. I (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 274; c. 47, s. 52).
Architects Act, 1984, S.O. 1984, c. 12, s. 43.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 9, 10, 15, 16, 18, 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56), 24(4), 34(6) (as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 1), 37, 50, 69, 94, 95, 96, 97 (as am. *idem*, s. 2), 98, 99 (as am. *idem*, s. 3), 119.
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], ss. 7, 11(d).

parvenus sous le contrôle d'une institution fédérale dans l'exercice des fonctions que lui confie la loi. Ni le *Code canadien du travail* ni la politique et les procédures du CCRT ne renferment de règle relative à ces notes. Les notes sont considérées par leurs auteurs comme quelque chose leur appartenant. Les membres du CCRT sont libres de prendre des notes, là où ils estiment que c'est indiqué, et ils peuvent aussi bien choisir de ne pas en prendre. Les notes sont destinées à n'être lues que par leur auteur. Les membres restent responsables de la conservation et de la sauvegarde de leurs notes et peuvent à tout moment les détruire. Les notes, enfin, ne font pas partie des archives officielles du Conseil et ne sont versées dans aucun fichier sur lequel le CCRT exercerait un contrôle administratif. Le fait que des dossiers sont laissés ou conservés dans les locaux d'une institution fédérale ne veut pas dire que les dossiers en question «relèvent» de l'institution. Le texte s'entend bien d'un contrôle, quel qu'il soit, mais d'un contrôle qui s'exerce en vertu de règles de droit. Il est inconcevable d'invoquer la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour contraindre une institution fédérale à faire intrusion dans le dossier d'un tiers, violant ainsi son droit à la vie privée, uniquement en réponse aux droits invoqués par un individu en matière de protection des renseignements personnels. (iii) Le CCRT ne revendique sur les notes aucune autorité, *de facto* ou *de jure*, et il n'a effectivement exercé aucun contrôle sur ces documents. Il n'a pas établi de règlements affirmant son autorité sur les notes prises par ses membres, parce qu'une telle démarche n'était pas considérée comme propice à la bonne exécution des tâches qui lui incombent. Il est douteux également que le pouvoir qu'a le CCRT de régler «le déroulement de ses audiences» l'autorise à imposer à ses membres qu'ils prennent des notes ou à les soumettre à quelque autre forme de contrôle. Rien ne permet d'affirmer que le CCRT aurait failli au devoir qui lui aurait incombé d'exercer son autorité sur les notes.

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, 11(d).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 9, 10, 15, 16, 18, 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56), 24(4), 34(6) (mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 1), 37, 50, 69, 94, 95, 96, 97 (mod., *idem*, art. 2), 98, 99 (mod., *idem*, art. 3), 119.
Code de la route, S.R.O. 1970, ch. 202.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 2b).

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 2(b).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 8).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1610 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Suppl.), c. 1.
Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1.
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 111.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "administrative purpose", "personal information", 4, 6, 7, 8 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 20, s. 13; (3rd Suppl.), c. 1, s. 12), 10 (as am. *idem*), 12, 18, 21, 22, 29 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 37), 33, 35, 37(1), 41, 42, 53, Sch. I.
Privacy Regulations, SOR/83-508, s. 4.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 108 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 77).

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.
Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, art. 2, 19(1), 20.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 3 «document», 4 (mod. L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 7, 10, 16, 19, 20, 21, 30, 37, 41, 42, 54, 70, 72, ann. I (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 274; *idem*, ch. 47, art. 52).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 8).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3 «fins administratives», «renseignements personnels», 4, 6, 7, 8 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; (3^e suppl.), ch. 1, art. 12), 10 (mod., *idem*), 12, 18, 21, 22, 29 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 37), 33, 35, 37(1), 41, 42, 53, ann. I.
Loi sur les architectes de 1984, L.O. 1984, ch. 12, art. 43.
Loi sur les juges, S.R.C. 1970, ch. J-1.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 111.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 108 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 77).
Règlement sur la protection des renseignements personnels, DORS/83-508, art. 4.
Règles sur la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1610 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports), [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.); *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143; [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (T.D.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 69 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. 688; 247 A.P.R. 1; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1995] 3 F.C. 199; (1995), 124 D.L.R. (4th) 553; 181 N.R. 139 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; (1988), 31 Admin. L.R. 103; 20 F.T.R. 314 (T.D.); *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*,

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur), [1989] 2 C.F. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (1^{re} inst.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143; [1988] 5 W.W.R. 151; (1988), 59 Alta. L.R. (2d) 353; 18 F.T.R. 15 (1^{re} inst.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; (1995), 69 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.); *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. 688; 247 A.P.R. 1; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1995] 3 C.F. 199; (1995), 124 D.L.R. (4th) 553; 181 N.R. 139 (C.A.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; (1988), 31 Admin. L.R. 103; 20 F.T.R. 314 (1^{re} inst.); *Sutherland*

[1994] 3 F.C. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (T.D.); *Bombardier v. Public Service Commission of Canada* (1990), 41 F.T.R. 39 (F.C.T.D.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *Kaiser v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, [1995] F.C.J. No. 926 (T.D.) (QL); *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; (1995), 95 CLLC 210-009; 177 N.R. 1; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1990), 61 C.C.C. (3d) 127; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 177 N.R. 325; *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Douville c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1993] C.A.I. 266 (Comm. d'accès à l'inf.); *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; 30 Admin. L.R. 285; 26 O.A.C. 354 (Div. Ct.); *Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1994), 16 O.R. (3d) 698; 110 D.L.R. (4th) 731; 24 Admin. L.R. (2d) 122; 94 CLLC 14,012; 68 O.A.C. 216; [1994] O.L.R.B. Rep. 113 (Div. Ct.).

CONSIDERED:

Gilles Charlebois (1993), 91 di 14 (C.L.R.B.); *Charlebois v. Amalgamated Transit Union, Local 279 et al.* (1994), 169 N.R. 144 (F.C.A.); *Charlebois v. Amalgamated Transit Union Local 279*, [1995] 1 S.C.R. vi.

REFERRED TO:

U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Crevier v. Attorney General of Québec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541.

AUTHORS CITED

Dictionary of Canadian Law, by Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, "control".
Universal Declaration on the Independence of Justice, adopted by the First World Conference on the Inde-

c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1994] 3 C.F. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); *Bombardier c. Commission de la Fonction publique du Canada* (1990), 41 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246; 32 Admin. L.R. 178; 26 C.P.R. (3d) 407; 87 N.R. 8 (C.A.); *Kaiser c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [1995] A.C.F. n° 926 (1^{re} inst.) (QL); *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; (1995), 95 CLLC 210-009; 177 N.R. 1; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; 26 C.R.R. 59; 70 N.R. 1; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; (1990), 61 C.C.C. (3d) 127; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 177 N.R. 325; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 C.A.Q. 169; *Douville c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1993] C.A.I. 266 (Comm. d'accès à l'inf.); *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; 30 Admin. L.R. 285; 26 O.A.C. 354 (C. div.); *Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1994), 16 O.R. (3d) 698; 110 D.L.R. (4th) 731; 24 Admin. L.R. (2d) 122; 94 CLLC 14,012; 68 O.A.C. 216; [1994] O.L.R.B. Rep. 113 (Cour de div.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Gilles Charlebois (1993), 91 di 14 (C.C.R.T.); *Charlebois c. Syndicat uni du Transport, section locale 279 et al.* (1994), 169 N.R. 144 (C.A.F.); *Charlebois c. Amalgamated Transit Union Local 279*, [1995] 1 R.C.S. vi.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

U.E.S., Local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541.

DOCTRINE

Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice, adoptée par la Première conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, Montréal, 10 juin 1983. Dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, éd., *Judicial Independence: The Con-*

pendence of Justice, Montréal, June 10, 1983. In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

Webster's New World Dictionary of the American Language, 2nd college ed. New York: Simon and Schuster, 1985, "Information", "Opinion".

APPLICATION under the *Privacy Act* for review of the CLRB's refusal to disclose notes taken by Board members during the hearing of a complaint. Application dismissed.

COUNSEL:

Timothy D. Ray, Holly A. Harris and Martine Nantel for applicant.

Bernard Chernos, Q.C., Robert A. Watson and Maryse Tremblay for respondent.

David W. Scott, Q.C., Peter B. Annis and M. Martine Richard for intervenor Public Service Staff Relations Board.

Randall J. Hofley for intervenor Human Rights Tribunal.

Joël J. Robichaud for intervenor Canadian International Trade Tribunal.

Alix Jenkins for intervenor National Transportation Agency of Canada.

SOLICITORS:

Beament Green Dust, Ottawa, and Information and Privacy Commissioner of Canada, Legal Department, Ottawa, for applicant.

Chernos, Conway, Toronto, for respondent.

Scott & Aylen, Ottawa, for intervenor Public Service Staff Relations Board.

Stikeman, Elliott, Ottawa for intervenor Human Rights Tribunal.

Canadian International Trade Tribunal, Legal Department, Ottawa, for intervenor Canadian International Trade Tribunal.

temporary Debate. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

Dictionary of Canadian Law, by Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, «*control*».

Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1984, «*Information*», «*Opinion*».

DEMANDE présentée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en vue de la révision de la décision par laquelle le CCRT a refusé de communiquer les notes prises par des membres du Conseil au cours de l'audition d'une plainte. Demande rejetée.

AVOCATS:

Timothy D. Ray, Holly A. Harris et Martine Nantel pour le requérant.

Bernard Chernos, c.r., Robert A. Watson et Maryse Tremblay pour l'intimé.

David W. Scott, c.r., Peter B. Annis et M. Martine Richard pour l'intervenant la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

Randall J. Hofley pour l'intervenant le Tribunal des droits de la personne.

Joël J. Robichaud pour l'intervenant le Tribunal canadien du commerce extérieur.

Alix Jenkins pour l'intervenant l'Office national des transports du Canada.

PROCUREURS:

Beament Green Dust, Ottawa, et les Services juridiques du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée du Canada, Ottawa, pour le requérant.

Chernos, Conway, Toronto, pour l'intimé.

Scott & Aylen, Ottawa, pour l'intervenant la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

Stikeman, Elliott, Ottawa, pour l'intervenant le Tribunal des droits de la personne.

Services juridiques du Tribunal canadien du commerce extérieur, Ottawa, pour l'intervenant le Tribunal canadien du commerce extérieur.

National Transportation Agency of Canada, Legal Department, Hull, for intervenor National Transportation Agency of Canada.

Services juridiques de l'Office national des transports du Canada, Hull, pour l'intervenant l'Office national des transports du Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

1 NOËL J.: This is an application pursuant to section 42 of the *Privacy Act*¹ for review by the Federal Court of the refusal by the Canada Labour Relations Board (the CLRB or the Board) to disclose notes taken by CLRB members (the notes) during a hearing as requested by the Privacy Commissioner (the Commissioner). The Public Service Staff Relations Board (the PSSRB), the Canadian Human Rights Tribunal (the CHRT), the Canadian International Trade Tribunal (the CITT) and the National Transportation Agency of Canada (the NTA) were granted intervenor status in this application.

1 LE JUGE NOËL: La présente demande, fondée sur l'article 42 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*¹, sollicite de la Cour fédérale la révision de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail (le CCRT ou le Conseil) a refusé de communiquer au Commissaire à la protection de la vie privée (le Commissaire) les notes prises par des membres du CCRT (les notes) au cours d'une audience. La Commission des relations de travail dans la fonction publique (la CRTFP), le Tribunal canadien des droits de la personne (le TCDP), le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) et l'Office national des transports (l'ONT) se sont vu accorder, dans le cadre de cette demande, la qualité d'intervenant.

I. Background

I. Les faits

2 On February 10, 1992, Mr. Gilles Charlebois, a bus driver who had been employed almost 11 years by the Ottawa-Carleton Regional Transit Commission (OC Transpo) until his dismissal on June 12, 1991, filed a complaint with the Canada Labour Relations Board pursuant to section 97 of the *Canada Labour Code*.² In his complaint, Mr. Charlebois alleged that his union, the Amalgamated Transit Union, Local 279 (the ATU) had failed to fairly represent him and had thus violated section 37 of the Code³ in its handling of certain grievances and particularly in its decision not to arbitrate his dismissal by OC Transpo. The ATU's decision not to refer Mr. Charlebois' grievances in respect of lost wages and for dismissal from employment to arbitration was made by a majority vote of the members cast by secret ballot at a general meeting of the ATU.

2 Le 10 février 1992, Gilles Charlebois, un chauffeur d'autobus qui, jusqu'à son licenciement le 12 juin 1991, était au service de la Commission de transport régional d'Ottawa-Carleton (OC Transpo) depuis presque 11 ans, a déposé une plainte auprès du Conseil canadien des relations du travail, conformément à l'article 97 du *Code canadien du travail*². Dans sa plainte, Charlebois affirmait que son syndicat, le Syndicat uni du transport, section locale 279 (le SUT), ne l'avait pas représenté de façon juste et avait donc violé l'article 37 du *Code canadien du travail*³ en traitant certains griefs, et particulièrement en décidant de ne pas renvoyer à l'arbitrage celui portant sur son congédiement par OC Transpo. La décision du SUT, de ne pas soumettre à l'arbitrage les griefs formulés par Charlebois pour ses pertes de salaire et son licenciement, a été prise à la majorité des voix par vote secret des membres lors d'une assemblée générale du SUT.

3 The Board, composed of Vice-Chairman Thomas M. Eberlee and members Robert Cadieux and Mary

3 Le Conseil, composé du vice-président, Thomas M. Eberlee, et des membres Robert Cadieux

Rozenberg, heard Mr. Charlebois' complaint on September 30, October 1 and October 23, 1992. A number of witnesses, including Mr. Charlebois, testified before the Board. The Board heard evidence in relation to the events surrounding the handling by the ATU of grievances filed by Mr. Charlebois beginning in December 1990, the circumstances arising in the course of and out of the November 12, 1991 general meeting of the Union and its continuation the next morning, and the membership's decision not to refer the grievances to arbitration. In dismissing Mr. Charlebois' complaint, the Board concluded as follows:

... the onus is on the complainant to bring the Board to conclude, on a balance of probabilities, that the evidence shows the union's conduct was contrary to section 37.

In this case, the evidence is simply not present. As has been stated, the union's handling of the grievances up to November 12 cannot be criticized. The conduct of the union leadership in the union meetings on November 12 and 13 and the carrying out of the secret ballot vote were both within proper bounds. The union membership decided not to send the grievances to arbitration. This is why Mr. Charlebois filed his complaint. If the membership had voted in the other direction, Mr. Charlebois would not have come before the Board. But nobody would have been any the wiser about why that was the outcome than they are about why the membership said "no" to him. When the whole context is examined in this case, there is no real evidence that the union's decision was based upon reasons contrary to section 37.⁴

4 On February 10, 1993, Mr. Charlebois made a personal information request under the Act. Mr. Charlebois was seeking information from the Canada Labour Relations Board respecting the hearing by the CLRB into the complaint he had filed. He requested:

Copy of any and all files, correspondence, documentation, reports, etc; including notes of; telephone conversations with or about [the appellant], records of meetings, hearings, investigations, etc. regarding [the appellant] at which he was or was not present, transcripts, electromagnetic recordings, facsimile transmissions, performance appraisals, position descriptions in any tangible form held in any location pertaining to [the appellant], of all members of the panel, and to include all witnesses, legal counsel pertaining to my entire complaint, C.L.R.B. File #745-

et Mary Rozenberg, a entendu la plainte de M. Charlebois les 30 septembre, 1^{er} octobre et 23 octobre 1992. Plusieurs personnes, y compris M. Charlebois, ont témoigné devant le Conseil. Le Conseil a entendu des dépositions touchant les événements entourant les suites que le SUT avait données aux griefs formulés par Charlebois à partir du mois de décembre 1990, les circonstances accompagnant et dérivant de l'assemblée générale du syndicat qui a eu lieu le 12 novembre 1991 et qui s'est poursuivie le lendemain matin, et la décision des membres de ce syndicat de ne pas renvoyer les griefs à l'arbitrage. Rejetant la plainte de Charlebois, le Conseil a conclu que:

... c'est au plaignant qu'il incombe d'amener le Conseil à conclure, d'après la prépondérance des probabilités, que la preuve montre que la conduite du syndicat était contraire à l'article 37.

En l'occurrence, cette preuve n'existe tout simplement pas. Comme nous l'avons dit, la façon du syndicat de traiter les griefs jusqu'au 12 novembre échappe à toute critique. Ni la conduite des dirigeants du syndicat aux assemblées des 12 et 13 novembre ni le déroulement du vote secret n'ont dépassé les bornes. Les membres du syndicat ont décidé de ne pas renvoyer les griefs à l'arbitrage. C'est pour cette raison que Charlebois a déposé sa plainte. Si les membres du syndicat avaient pris la décision contraire, M. Charlebois ne se serait pas retrouvé devant le Conseil. Pourtant, personne n'aurait mieux su pourquoi ses collègues syndiqués auraient voté oui que nous ne savons pourquoi ils lui ont dit non. Compte tenu de tout le contexte, rien ne prouve vraiment que la décision du syndicat était fondée sur des motifs contraires à l'article 37.⁴

Le 10 février 1993, Charlebois a déposé, conformément à la Loi, une demande de communication de renseignements personnels. Charlebois demandait au Conseil canadien des relations du travail des renseignements concernant l'audition, par le CCRT, de la plainte qu'il avait déposée. Il demandait:

[TRADUCTION] Copie de tout dossier, de toute correspondance, de tout document et de tout rapport, etc.; y compris les notes touchant les conversations téléphoniques avec [l'appelant], ou concernant celui-ci, le compte rendu des réunions, des audiences, des enquêtes, etc. concernant [l'appelant], que celui-ci ait ou non été présent, la transcription, les enregistrements électromagnétiques, les télécopies, les évaluations du rendement, les descriptions de tâches consignées sous quelque forme que ce soit, et quel que soit leur lieu d'archivage, touchant [l'appelant], de

4164, up to and including, Board's decision # 989.

This request entails any and all retrievable records, with a full and complete disclosure, with no exclusions, of all personal and non-personal information, and all support records, related/relevant, inclusive, but not limited to.⁵

In response to Mr. Charlebois' request, the CLRB sent him copies of the entire contents of its file dealing with his complaint. In an accompanying letter dated March 15, 1993, Ms. Ruth Smith, the Board's Privacy Coordinator, stated that notes of telephone conversations, performance appraisals, position descriptions, transcripts and electromagnetic recordings were not forwarded to Mr. Charlebois because they did not exist. With respect to the notes of the Board members, the Privacy Coordinator stated:

As to personal notes, any personal notes taken by members of the panel that adjudicated at the hearing are considered to be 'aides-memoires' of a quasi-judicial tribunal. As they are not used for an administrative purpose, they are not under the Board's control. This interpretation has been adopted by the Privacy Commissioner in a case concerning the Public Service Staff Relations Board, our counterpart in the public sector.⁶

- 5 On April 6, 1993, Mr. Charlebois filed a complaint with the Privacy Commissioner, on the grounds that he had not received from the CLRB all his personal information.⁷ By letter dated April 25, 1994, the Commissioner advised the Chairman of the CLRB, Mr. J. S. W. Weatherill, that he had changed his position that Board members' notes were personal to the members and were not information under the control of the CLRB:

This complaint, as well as others similar in nature, have forced me to reconsider this position, which I find to be inconsistent with the approach I believe I must take on the

tous les membres de la formation de jugement, ainsi que de tout témoin, ou avocat, ayant trait à tout ce qui concerne la plainte, CCRT dossier n° 745-4164, jusqu'à et y compris la décision n° 989 rendue par le Conseil.

Cette demande vise tout dossier accessible, dans son intégralité, sans exclusion aucune, comprenant des renseignements personnels et non personnels, ainsi que tous les dossiers annexes pertinents en l'espèce, cette énumération n'étant d'ailleurs pas limitative⁵.

En réponse à la demande formulée par Charlebois, le CCRT a envoyé à celui-ci copie de tout ce qui se trouvait dans son dossier ayant trait à la plainte. Dans la lettre accompagnant l'envoi, en date du 15 mars 1993, Ruth Smith, coordonnatrice de la protection des renseignements personnels au Conseil, expliquait qu'aucune note concernant des entretiens téléphoniques, des évaluations du rendement, des descriptions de fonctions, des transcriptions et des enregistrements électromagnétiques n'avait été envoyée à Charlebois étant donné qu'il n'en existait pas. En ce qui concerne les notes prises par les membres du Conseil, la coordonnatrice de la protection des renseignements personnels déclarait:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les notes personnelles, toute note personnelle prise par les membres de la formation du Conseil qui a statué à l'audience est considérée comme aide-mémoire d'un tribunal quasi judiciaire. Dans la mesure où ces notes n'ont aucun objet administratif, elles ne relèvent pas du Conseil. Cette interprétation a été retenue par le Commissaire à la protection de la vie privée dans une affaire concernant la Commission des relations de travail dans la fonction publique, notre homologue du secteur public⁶.

- 5 Le 6 avril 1993, Charlebois a déposé une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée, invoquant le fait qu'il n'avait pas reçu du CCRT tous les renseignements personnels le concernant⁷. Par lettre en date du 25 avril 1994, le Commissaire a fait savoir au président du CCRT, J. S. W. Weatherill, qu'il avait été amené à modifier sa position selon laquelle les notes prises par des membres du Conseil appartenaient en propre aux membres et ne constituaient pas des renseignements relevant du CCRT:

[TRADUCTION] Cette plainte, comme d'autres plaintes du même ordre, m'oblige à revenir sur la position que j'avais prise et qui me paraît maintenant incompatible avec l'ap-

accessibility of personal information held by government institutions. The notes of CLRB Board members are not personal to the Board member. They are rather notes which were taken as part of the Board member's functions and which can be used to make decisions affecting an individual. The CLRB, unlike the Courts, is subject to the *Privacy Act* and such notes are clearly under the control of the CLRB. Section 3 of the *Act* defines personal information as "information about an identifiable individual that is recorded in any form . . ." I am unable to identify any provision in the *Act* which excludes or exempts, expressly or implicitly [sic] the notes of Board members from the *Act*. These notes are therefore subject to the *Privacy Act* as other information under CLRB control.

It is my understanding from your officials, that notes taken by two of the three Board members during the complainant's hearing do exist. I am advised that the third Board member's term has expired and that his notes have been destroyed. These notes should therefore be reviewed and processed in response to the complainant's *Privacy Act* request.⁸

The Commissioner then invited the CLRB to make formal representations to the Privacy Commission pursuant to subsection 33(2) of the *Act*.⁹

6 In a letter dated June 17, 1994, the Chairman of the CLRB responded to the Commissioner's invitation by providing the CLRB's formal representations in relation to Mr. Charlebois' complaint. The CLRB made two principal submissions. Firstly, the CLRB stated that the notes taken by Board members during public hearings were not information within the "control" of the CLRB within the meaning of section 12 of the *Act*. In addition, the CLRB submitted that a different interpretation of section 12 would deprive an individual of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. The Chairman of the Board made the following statements with respect to the nature of the CLRB as an administrative tribunal

proche qui me semble s'imposer concernant l'accès aux renseignements personnels détenus par des institutions fédérales. Les notes prises par les membres du CCRT n'appartiennent pas en propre à ces membres. Il s'agit, plutôt, de notes prises dans le cadre des fonctions qu'exerce chaque membre du Conseil et susceptibles de contribuer à la prise de décisions affectant un individu. À l'inverse des tribunaux judiciaires, le CCRT est soumis aux dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et il est clair que de telles notes relèvent du CCRT. L'article 3 de la *Loi* donne des renseignements personnels une définition selon laquelle il s'agit de « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable. . . » Je ne relève, dans la *Loi*, aucune disposition qui, de manière expresse ou implicite, pourrait constituer une exception applicable aux notes prises par les membres du Conseil. Ces notes sont donc soumises aux dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, au même titre que tout autre renseignement relevant du CCRT.

J'ai cru comprendre, d'après ce que m'ont dit certains de vos collaborateurs, que les notes prises par deux des trois membres du Conseil, au cours de l'audition de la plainte en question, existent effectivement. On me dit que le mandat du troisième membre du Conseil a pris fin et que ses notes ont été détruites. Les notes en questions devraient donc être examinées et préparées en vue de répondre à la demande formulée par le plaignant en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.⁸

Le Commissaire à la protection de la vie privée a ensuite invité le CCRT à lui présenter ses observations, comme le prévoit le paragraphe 33(2) de la *Loi*.⁹

6 Par lettre en date du 17 juin 1994, le président du CCRT répondait à l'invitation du Commissaire et présentait les observations du CCRT sur la plainte de Charlebois. Le CCRT faisait valoir essentiellement deux choses. D'abord, il affirmait que les notes prises par des membres du Conseil au cours d'audiences publiques ne constituent pas des renseignements «relevant» du CCRT au sens de l'article 12 de la *Loi*. Il estimait, par ailleurs, que toute autre interprétation de l'article 12 aurait pour effet de priver un individu du droit d'être entendu lors d'une audience impartiale en vertu des principes de justice fondamentale consacrés par la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. Le président du Conseil a fait les déclarations suivantes concernant le CCRT en tant que tribunal administratif,

and in relation to the practice of the Board with respect to notes taken by Board members:

... the Act applies to a wide variety of administrative tribunals. Some of them are regulatory bodies which have the mandate to apply the policies of the government of the day. Others, like the selection committees in a staffing process, are composed of public servants. Finally, some tribunals, like the Board, are quasi-judicial tribunals which are called upon to exercise their adjudicative functions more or less like a court of justice, i.e. in an impartial and independent manner.

It is important to point out that the notes requested by Mr. Charlebois were not created by an officer or employee of the Board, but by the Board members. Board members are Governor in Council appointees holding their office during good behaviour for a specific term not exceeding ten years for the Chairman and the Vice-Chairmen and five years for the members.

In addition, there is no requirement in the Code, or in the position profile of the members or in Board policy or procedure pertaining to the creation, maintenance and disposal of notes by the members during a public hearing. Some members of a panel may choose to take notes and some may choose not to do so. The notes taken serve as an aide-mémoire for the preparation of the member's decision.

The members also determine the form and the content of their notes. These notes are not minutes of the hearing and are for the exclusive use of the member. They contain the information determined by the member to be relevant to the issues or useful in order to reach his/her decision. The member is free to report all or only part of the testimony or argumentation presented by the parties and may indeed add personal comments as to the credibility of a witness or to the quality of the argumentation.

At all times during the hearing and subsequently, the members are in possession, custody and control of their personal notes; no other person is allowed to see, read, or use their notes without their consent. Furthermore, the Board members maintain responsibility for the care and safekeeping of their personal notes and can destroy them without getting the approval of the Board. Their notes are not part of the Board's official record and are not contained in any other record keeping system over which the Board has administrative control.

The personal notes of the members may or may not be kept on the Board's premises. Although the Board may

exposant la pratique du Conseil touchant les notes prises par ses membres:

[TRADUCTION] ... la Loi s'applique à des tribunaux administratifs très divers. Certains sont des organismes de réglementation ayant pour mission d'appliquer les politiques décrétées par le gouvernement au pouvoir. D'autres, tels les comités de sélection qui assurent la dotation en personnel, sont composés de fonctionnaires. D'autres tribunaux, enfin, et c'est le cas du Conseil, sont des tribunaux quasi judiciaires appelés à exercer leurs fonctions adjudicatives plus ou moins comme le ferait un tribunal de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire de manière impartiale et indépendante.

Il convient de relever que les notes demandées par Charlebois ne sont pas le fait d'un agent ou employé du Conseil, mais bien de membres de celui-ci. Les membres du Conseil sont nommés par décret et sont inamovibles pendant la durée de leur mandat qui, dans le cas du président et du vice-président, est de dix ans au maximum et de cinq ans pour les membres.

De plus, on ne trouve en la matière aucune condition fixée dans le Code, dans l'exposé de fonctions des membres ou dans la politique ou la procédure du Conseil touchant la rédaction, la conservation et la disposition de notes prises par des membres du Conseil au cours d'une audience publique. Certains membres d'une formation de jugement peuvent choisir de prendre des notes et d'autres non. Les notes ainsi prises constituent des aide-mémoire rédigés par un membre du Conseil pour préparer sa décision.

Ce sont également les membres qui fixent la forme et le contenu de leurs notes. Ces notes ne sont donc pas des comptes rendus d'audience et elles sont à l'usage exclusif du membre qui les a prises. Elles contiennent des renseignements qui, selon le membre en question, sont pertinents ou utiles, l'aidant à prendre sa décision. Le membre est libre de consigner tout ou partie des témoignages ou arguments présentés par les parties et il peut même ajouter des commentaires personnels sur la crédibilité d'un témoin ou la qualité de l'argumentation.

À tout moment au cours de l'audience et après celle-ci, les membres ont leurs notes personnelles en leur possession, sous leur garde et sous leur contrôle; personne d'autre n'est autorisé à les voir, à les lire ou à les utiliser sans le consentement de leur auteur. De plus, les membres du Conseil demeurent responsables de la sauvegarde de leurs notes personnelles et peuvent les détruire sans obtenir l'autorisation préalable du Conseil. Leurs notes ne font pas partie des archives du Conseil et ne sont pas versées dans des dossiers relevant de l'autorité administrative du Conseil.

Les notes personnelles des membres peuvent être, ou non, conservées dans les locaux du Conseil. Bien que le

have physical possession of the personal notes of the members, it is bare possession only which does not in itself amount to "control" for the purposes of the Privacy Act. Since the Board has no right or authority to deal with the members' notes or to regulate their use, and since it has no responsibility whatsoever for their protection and disposal, this does not amount to "control". In fact, the Board never knows if notes have been taken or not.

Given these circumstances, it is the Board's position that the notes taken by the panel members during the hearing of Mr. Charlebois' complaint and in the exercise of their quasi-judicial functions do not fall within the "control" of the Board and, therefore, are not accessible under the Privacy Act. . . .¹⁰

7 In a letter dated July 12, 1994, the Commissioner acknowledged receipt of the CLRB's representations. The Commissioner expressed his disagreement with the CLRB's position in the following words:

As I understand your representations, you consider that notes taken by members of the Canada Labour Relations Board during its hearings are not subject to the *Privacy Act* and if they are, the right to a fair hearing would be denied.

I can think of nothing which more appropriately advances the notion of a fair hearing in accordance with principles of fundamental justice than the right to know the information upon which a decision affecting one's rights and obligations is made. I am unable to find anything in the *Privacy Act* to the contrary, or which supports your view that the Act should not apply.

These notes are recorded by panel members in the performance of their official functions and not in their personal capacity and clearly are capable of constituting information about an individual that is used in a decision making process that directly affects the individual, as provided in the *Privacy Act*. Indeed, had Parliament intended otherwise, it would have omitted the Board from the schedule to the Act or would have made such other specific reference to these notes as a special exemption as in the Québec legislation to which you allude.

Conseil puisse avoir la possession physique des notes personnelles de certains de ses membres, il s'agit d'une possession simple qui ne permet pas en soi de dire que les notes en question «relèvent» du Conseil aux fins de la Loi sur la protection des renseignements personnels. Étant donné que le Conseil n'exerce aucun droit ni aucun pouvoir sur ces notes, il ne peut pas en réglementer l'usage, et puisqu'il n'exerce pas la moindre responsabilité en ce qui concerne la protection et la disposition de ces notes, on ne peut pas dire que ces notes «relèvent» de lui. Ajoutons que le Conseil ne sait jamais si, dans un cas donné, des notes ont ouï ou non été prises.

Cela étant, le Conseil estime que les notes prises par des membres de la formation pendant l'audience relative à la plainte de Charlebois et dans l'exercice de leurs fonctions quasi judiciaires ne «relèvent» pas du Conseil et que leur communication ne peut donc pas être exigée au titre de la Loi sur la protection des renseignements personnels. . . .¹⁰

7 Dans une lettre en date du 12 juillet 1994, le Commissaire accuse réception des observations formulées par le CCRT, faisant part de son désaccord sur la position du CCRT, en les termes suivants:

[TRADUCTION] D'après vous, donc, les notes prises par des membres du Conseil canadien des relations du travail pendant les audiences ne seraient pas soumises aux dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et l'inverse entraînerait un déni du droit à une audition impartiale.

Je ne vois rien, pour ma part, qui soit susceptible de mieux contribuer à l'idée d'une audition impartiale conforme aux principes de justice fondamentale que le droit de prendre connaissance des renseignements sur lesquels sera fondée une décision affectant les droits et les obligations d'une personne. Je ne trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* rien de contraire à cette idée, ou fondant l'argument que vous avancez et selon lequel les dispositions de cette loi ne doivent pas s'appliquer.

Les notes en question sont prises par les membres d'une formation dans l'exercice de leurs fonctions officielles et non pas à titre personnel. Ces notes peuvent, il est clair, constituer des renseignements concernant un individu et servent à prendre une décision qui va directement l'affecter, précisément comme le prévoit la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Si le législateur avait visé un autre résultat, il aurait omis de faire figurer le Conseil à l'annexe de la Loi, ou bien, il aurait spécifiquement prévu que ces notes seraient exemptées comme le prévoit la législation québécoise à laquelle vous faites référence.

Because the Board does not as a matter of course provide a transcription of its proceedings, these notes may take on much significance for the individual concerned. In saying this, I do not mean to suggest that were a transcribed record available, the notes would be excluded from the Act but rather that in the absence of a formal record the individual cannot be faulted for seeking other means to know the case against him. The *Privacy Act* supports the right of an individual to know what is being said and recorded about him.

Nor, although you do not mention this specifically in your letter, can I imagine that making these notes available to the individual would hamper the Board's proceedings. To my mind, it could enhance the persuasiveness of the Board's decision making process and thereby encourage early settlement of the issues.¹¹

The Commissioner did concede that there may be some circumstances in which the disclosure of members' notes could be expected to cause injury. On this matter, the Commissioner stated that:

It is in relation to this last issue primarily that I am writing to you. You intimate at the end of your letter that releasing the information in this case to Mr. Charlebois would harm the administration of the Labour Code and the public interest. You do not specify why this should be so in this particular case.

Perhaps we could agree, without prejudice to your representations, to review the information in this case together to see if the exemption applies. In any event, I would be pleased to receive your further representations on this specific issue.¹²

8 On or about November 29, 1994, Joyce McLean, a privacy officer, met with Ruth Smith, the CLRB's Privacy Coordinator, to review the notes of Board members Thomas Eberlee and Mary Rozenberg.¹³ In a memorandum to file, Ms. McLean made the following observations with respect to the members' notes:

Thomas Eberlee's File (Chairman)
– notes of the Hearing are legible

Étant donné que le Conseil ne fournit pas habituellement le procès-verbal de ses délibérations, ces notes peuvent très bien revêtir, pour l'intéressé, une grande importance. Je ne veux pas dire par cela que le fait de fournir un procès-verbal des délibérations permettrait de soustraire ces notes aux dispositions de la *Loi* mais, plutôt, qu'en l'absence d'un procès-verbal officiel, on ne saurait reprocher à un individu de chercher d'autres moyens de connaître les arguments retenus contre lui. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* confirme qu'un individu a le droit de savoir ce qu'on dit et ce qu'on écrit à son sujet.

J'ajoute, bien que vous n'évoquiez pas précisément la question dans votre lettre, que je vois mal comment le simple fait de communiquer ces notes à l'intéressé entraverait les travaux du Conseil. J'estime pour ma part que cela contribuerait plutôt à un renforcement du crédit accordé aux décisions du Conseil, encourageant par là même un règlement plus rapide des contentieux.¹¹

Le Commissaire a reconnu que, dans certaines circonstances, la divulgation des notes prises par des membres pourrait effectivement porter préjudice. Sur ce point, le Commissaire écrivait que:

[TRADUCTION] C'est surtout au sujet de ce dernier point que je vous écris. À la fin de votre lettre, vous laissez entendre qu'en l'occurrence la communication à M. Charlebois des renseignements en question nuirait à l'administration du Code du travail et serait contraire à l'intérêt public. Vous ne précisez pas pourquoi il en serait ainsi en l'occurrence.

Peut-être pourrions-nous, sans préjuger de vos observations, convenir d'examiner ensemble les renseignements en question afin de voir si l'exception s'appliquerait en l'espèce. En tout état de cause, c'est avec plaisir que je recevrai les observations complémentaires que vous voudrez me transmettre sur ce point.¹²

8 Vers le 29 novembre 1994, Joyce McLean, agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l'accès à l'information, s'est réunie avec Ruth Smith, coordonnatrice de la protection des renseignements personnels au CCRT, afin d'examiner les notes des deux membres du Conseil, Thomas Eberlee et Mary Rozenberg.¹³ Dans un mémoire ampliatif au dossier, M^{me} McLean fait les observations suivantes concernant les notes prises par les membres:

Dossier de Thomas Eberlee (président)
– Les notes prises à l'audience sont lisibles.

- appear to be running commentary of the Hearing
- occasional comments by Eberlee (clearly identified as such in margin or in brackets)

. . .

Mary Rozenber's [sic] File (Board Member)

- more in point form than Mr. Eberlee's notes—but legible and understandable
- a running commentary of the Hearing, but perhaps less complete than Mr. Eberlee's
- very few comments (identified in different colours, or on post-it note)
- two drawings in the margin: daisies
face

Ms. McLean concluded from her review that “the notes contain personal information about Gilles Charlebois.”¹⁴

9 By letter dated December 20, 1994, the Chairman of the CLRB confirmed the CLRB's position that the Act does not apply to notes taken by members of the CLRB in the course of hearings. On February 1, 1995, the Commissioner released the results of his investigation into Mr. Charlebois' complaint, pursuant to section 35 of the Act.¹⁵ The Commissioner concluded that Mr. Charlebois' complaint that he had not received all the personal information to which he was entitled was well-founded. The Commissioner held that:

. . . information taken by a panel member about an individual during the course of his hearing is not prepared by the member in his personal capacity but as part of the member's official functions. Unlike the Courts, the CLRB is subject to the Act and I must assume, therefore, that this is Parliament's intention. I can find no provision which excludes or exempts either expressly or by implication this information or the CLRB or its members from the normal operation of the Act. Nor, as I have said in earlier correspondence, can I accept that knowing the information upon which a decision affecting one's rights and obligations is made will detract from the notion of fundamental fairness. Rather, I believe it will enhance it. Finally, I believe that Parliament has already provided clear and appropriate exceptions to the application of the Act so that it is not necessary to create new ones. The *Privacy Act* supports the right of an individual to know what is being said and recorded about him or her by the federal institutions it covers. I have no doubt this right is

- Elles semblent constituer un compte rendu.
- De temps en temps M. Eberlee fait une observation (clairement indiquée comme telle dans la marge ou par des parenthèses).

. . .

Dossier de Mary Rozenberg (membre du Conseil)

- D'un style plus lapidaire que les notes de M. Eberlee—mais lisibles et compréhensibles.
- Compte rendu de l'audience mais peut-être moins complet que celui de M. Eberlee.
- Très peu d'observations (signalées par des encres de couleurs différentes ou inscrites sur des languettes adhésives).
- Deux dessins dans la marge: des marguerites et un visage.

M^{me} McLean a conclu de son examen que [TRADUCTION] «les notes contiennent des renseignements personnels concernant Gilles Charlebois¹⁴.»

9 Par lettre en date du 20 décembre 1994, le président du CCRT a confirmé la position du Conseil, selon laquelle la Loi ne s'applique pas aux notes prises par des membres du Conseil au cours des audiences. Le 1^{er} février 1995, le Commissaire a fait connaître les résultats de son enquête sur la plainte de Charlebois, conformément à l'article 35 de la Loi¹⁵. Le Commissaire a conclu que c'est à juste titre que Charlebois s'était plaint de ne pas avoir reçu communication de tous les renseignements personnels auxquels il avait droit. Le Commissaire a décidé que:

[TRADUCTION] . . . les renseignements notés par un membre d'une formation, concernant un individu au cours de son audition, ne sont pas consignés par ledit membre à titre personnel mais bien dans le cadre de ses fonctions officielles. À l'inverse des tribunaux judiciaires, le CCRT est soumis aux dispositions de la Loi et je dois donc présumer que telle était l'intention du législateur. Je ne relève, dans la Loi, aucune disposition qui, de manière expresse ou implicite permette d'écarter l'application normale des dispositions de la Loi lorsqu'il s'agit du CCRT ou de ses membres. Comme j'ai eu l'occasion de le dire dans un courrier précédent, je ne vois pas non plus comment le fait de connaître les renseignements au vu desquels a été prise une décision affectant les droits et les obligations d'un individu porterait atteinte à l'idée de justice fondamentale. J'estime, au contraire, que cela serait de nature à la renforcer. J'estime, enfin, que le législateur a déjà prévu des exceptions claires et appropriées à l'application de la Loi et qu'il n'est donc pas nécessaire d'en

cherished by the individual particularly when decisions are being made about his or her livelihood and there is no formal record of the process. The impact on individual privacy rights when institutions effectively carve out major portions of their operations from the ambit of the Act cannot fail to be a significant one.¹⁶

In accordance with these conclusions, the Commissioner recommended that the CLRB review and process the panel members' notes, put in place measures to properly collate and file personal information collected by panel members, retain this information for the minimum two-year period as prescribed by the *Privacy Regulations* [SOR/83-508], and release the information pursuant to a request under the Act. By letter dated February 10, 1995, the Chairman of the CLRB reiterated the Board's position that the Act did not apply with respect to members' notes. On March 29, 1995, the Commissioner reported the results of his investigation to Mr. Charlebois. The Commissioner also sought Mr. Charlebois' consent to allow him to seek a review of the matter before the Federal Court pursuant to section 42 of the Act.¹⁷ Mr. Charlebois communicated this consent to the Commissioner on April 7, 1995. On May 9, 1995, the Commissioner commenced the present application by filing an originating notice of motion for directions pursuant to section 42 of the Act.

Evidence filed by the parties

- 10 In support of its application, the applicant has filed the affidavit of Joyce McLean, a privacy officer employed by the Commissioner. In addition to recounting the sequence of events which occurred between the filing of Mr. Charlebois' complaint and the filing of this application, the affidavit of Joyce McLean sets out the correspondence between the Chairman of the CLRB and the Commissioner, and that between the Commissioner and the complainant, Mr. Charlebois.

créer de nouvelles. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* étaye le droit qu'a un individu de savoir ce que disent ou écrivent à son sujet les institutions fédérales auxquelles s'applique ce texte de loi. Je suis convaincu que les individus sont très attachés à ce droit, en particulier lorsque sont prises des décisions les affectant ou affectant leurs moyens d'existence dans les cas où il n'y a pas de procès-verbal. Le fait que des institutions puissent soustraire à l'action de la loi de larges pans de leur action ne peut manquer d'avoir sur le droit au respect de la vie privée des individus des effets importants¹⁶.

Vu ces conclusions, le Commissaire a recommandé au CCRT de réunir et d'examiner les notes prises par les membres des formations, de prendre les mesures permettant de rassembler et de classer les renseignements personnels ainsi recueillis par les membres du Conseil, de conserver ces renseignements pour une période d'au moins deux ans comme le prévoit le *Règlement sur la protection des renseignements personnels* [DORS/83-508] et de communiquer ces renseignements en réponse aux demandes formulées en vertu de la Loi. Par lettre en date du 10 février 1995, le président du CCRT a rappelé, que selon le Conseil, la Loi ne s'applique pas aux notes prises par ses membres. Le 29 mars 1995, le Commissaire a communiqué les résultats de son enquête à Charlebois. Le Commissaire a également demandé à Charlebois de l'autoriser à exercer un recours en révision devant la Cour fédérale, conformément à l'article 42 de la Loi¹⁷. Charlebois a transmis son consentement au Commissaire le 7 avril 1995. Le 9 mai 1995, le Commissaire a introduit la présente demande par le dépôt d'un avis de requête introductive d'instance fondé sur l'article 42 de la Loi.

Les éléments de preuve déposés par les parties

À l'appui de sa demande, le requérant a versé au dossier l'affidavit de Joyce McLean, agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l'accès à l'information auprès du Commissaire. En plus du récit des événements intervenus entre le dépôt de la plainte de Charlebois et le dépôt de la présente demande, l'affidavit de Joyce McLean rend compte de la correspondance entre le président du CCRT et le Commissaire et entre le Commissaire et le plaignant, Charlebois.

11 The evidence as to the notes is scarce. The notes themselves were not produced by the Board. The only evidence as to what they actually contain are the observations of the privacy officer who reviewed them.¹⁸ In addition, as the CLRB did not file an affidavit in reply, there is no evidence *per se* as to the manner in which the notes were kept. However, a lengthy letter of representation dated June 17, 1994 addressed to the Privacy Commissioner by the Chairman of the Board (Exhibit E to the affidavit of Joyce McLean) was made part of the record of the applicant. It contains both argument and assertions of fact as to the manner in which the notes were kept. The Board's memorandum of argument presents the facts so asserted as being properly before the Court as do three of the four intervenors. The fourth, namely the Public Service Staff Relations Board, made sure this was the case. It filed the affidavit of Mr. Philip Chodos, a deputy chairperson of the PSSRB, wherein Mr. Chodos describes how he makes and uses notes in conducting hearings brought under the *Public Service Staff Relations Act*.¹⁹ Mr. Chodos also confirms by reference to the said letter that "the points raised [therein] . . . with respect to the practice and procedure concerning notes of members of (the) Board apply with equal force to the Public Service Staff Relations Board and its members."²⁰ All parties to this application including the applicant therefore proceeded on the basis that to the extent that the letter of the Chairman of the CLRB to the Commissioner dated June 17, 1994 asserted facts, these were properly in evidence before me.

12 At the opening of the hearing of this application, I raised the fact that while the record as filed reveals that the notes were taken by CLRB members during the course of a hearing before the Board, no evidence had been filed concerning the nature of the proceedings before the CLRB. I pointed out to coun-

En ce qui concerne les notes en question les preuves sont rares. Ces notes n'ont pas été produites par le Conseil. Les seuls indices concernant leur contenu sont les observations consignées par l'agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l'accès à l'information, qui a pu les examiner¹⁸. Ajoutons que, puisque le CCRT n'a pas déposé d'affidavit en réponse, on ne dispose d'aucun élément qui, en soi, permette de connaître la manière dont lesdites notes ont été prises. Mais, a été versée au dossier du requérant, une longue lettre, en date du 17 juin 1994, dans laquelle le président du Conseil (pièce E accompagnant l'affidavit de Joyce McLean) présentait ses observations au Commissaire à la protection de la vie privée. Cette lettre développe des arguments et avance des faits quant à la manière dont les notes étaient prises. Le mémoire déposé par le Conseil porte à l'attention de la Cour les faits dont il est ainsi fait état, ce qui est également le cas de trois des quatre intervenants. Le quatrième, à savoir la Commission des relations de travail dans la fonction publique, s'est assurée que ces faits seraient effectivement portés à l'attention de la Cour. Elle a versé au dossier l'affidavit de M. Philip Chodos, vice-président adjoint de la CRTFP, document dans lequel M. Chodos décrit sa manière de prendre des notes et l'utilisation qu'il en fait lors des audiences convoquées en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*¹⁹. Au sujet de ladite lettre, M. Chodos confirme [TRADUCTION] «les points soulevés . . . en ce qui concerne la pratique et la procédure touchant les notes prises par les membres du Conseil, tout cela s'applique au même titre à la Commission des relations de travail dans la fonction publique ainsi qu'à ses membres»²⁰. Toutes les parties à la présente demande, y compris le requérant, conviennent que les faits avancés dans la lettre du 17 juin 1994 envoyée par le président du CCRT au Commissaire ont été officiellement portés à l'attention de la Cour.

En l'espèce, j'ai fait remarquer dès le début de l'audience que s'il ressort bien du dossier que les notes ont été prises par des membres du CCRT au cours d'une audience devant le Conseil, le dossier ne contient aucun élément concernant la nature des procédures devant le CCRT. J'ai fait observer aux

sel for the parties that without information setting out the context within which the application was brought by the Commissioner, the application records were in my view inadequate for the proper disposition of the application.²¹ In response, the respondent, with the consent of all parties, filed a number of documents which I am satisfied provide the proper factual background for the disposition of this application.²²

avocats des parties que faute de renseignements expliquant le contexte dans lequel la demande avait été déposée par le Commissaire, les dossiers étaient à mon avis incomplets et ne permettaient pas de statuer de manière appropriée sur la demande de contrôle judiciaire²¹. En réponse, l'intimé, avec le consentement de l'ensemble des parties, a déposé plusieurs documents qui, j'en suis persuadé, exposent tous les faits permettant de statuer sur la présente demande²².

II. Arguments

13 The arguments advanced by the parties are centred around three principal questions:

14 1. Do the CLRB members' notes contain "personal information" within the meaning of the Act?

15 2. If so, are the notes "under the control of" the CLRB within the meaning of the Act, and alternatively, should they be under the control of the Board?

16 3. If the notes do contain personal information and if they are under the control of the CLRB, has the CLRB established that the information requested is exempt pursuant to paragraph 22(1)(b) of the Act?

1) Is the information contained in the notes "personal information"?

17 The applicant argues that the definition of "personal information" in the Act is extremely broad, and that the jurisprudence has clearly established that it should be broadly interpreted in a manner consistent with the objective of safeguarding individual identity.²³ The applicant notes that the definition of "personal information" in the Act, i.e., information about an identifiable individual that is recorded in any form, merely enumerates examples of personal information without restricting the generality of the definition. The applicant submits that the members' notes come within the examples enumer-

II. Les arguments présentés

Les arguments avancés par les parties touchent 13 essentiellement trois questions:

1. Les notes prises par des membres du CCRT 14 contiennent-elles des «renseignements personnels» au sens de la Loi?

2. Dans l'affirmative, ces notes «relevent»-elles du 15 CCRT au sens de la Loi et, subsidiairement, devraient-elles relever du Conseil?

3. Si les notes contiennent effectivement des ren- 16 seignements personnels et si elles relèvent du CCRT, le CCRT a-t-il démontré que les renseignements demandés bénéficient de l'exception prévue à l'alinéa 22(1)(b) de la Loi?

1) Les renseignements figurant dans les notes sont-ils des «renseignements personnels»?

Le requérant fait valoir que la définition de «ren- 17 seignements personnels» qui figure dans la Loi est extrêmement large et que la jurisprudence s'est prononcée nettement pour une interprétation large, favorable à la protection de l'identité des individus²³. Le requérant relève que la définition de «renseignements personnels» qui figure dans la Loi, c'est-à-dire des renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, ne fait que citer des exemples de renseignements personnels sans pour cela restreindre la généralité de la définition. Le requérant estime que les notes pri-

ated at paragraphs 3(b), (e), (g) and (i) of the definition.

18 The respondent argues that “personal information” pursuant to the Act does not extend to the members’ notes, which are personal notations of the CLRB member as to the credibility, evidence and the law presented at the hearing. These personal notes contain tentative observations which may subsequently be determined to be unfounded by the member. The respondent submits that a conclusion that the notes are “personal information” under the Act would amount to an interference with the confidential nature of the decision-making process of a quasi-judicial tribunal, protected by section 119 of the Code, which provides that CLRB members are not required to give evidence in a civil action or other proceeding respecting information obtained in the discharge of their duties. According to the respondent, such a conclusion would also give parties before the CLRB inquisitorial powers over CLRB members contrary to the principle of finality of decisions enunciated in section 22 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56] of the Code, the Code’s privative clause.²⁴

19 The CHRT submits that the information contained in the members’ notes falls under two possible categories:

(i) information on the record or information provided at the hearing and contained in the hearing transcript; and

(ii) opinions or comments by the member in respect of information in category (i), including the presentation of such evidence.²⁵

The CHRT argues that information referred to in the first category is by its nature available under the Act from sources other than the members’ notes. Information referred to in the second category, however, is not “personal information” under the Act because

ses par les membres trouvent leur place parmi les exemples cités aux alinéas 3b), e), g) et i) de la définition.

L’intimé considère, pour sa part, qu’aux termes de la Loi, la notion de «renseignements personnels» ne s’applique pas aux notes des membres, ces notes étant des annotations personnelles des membres du CCRT sur la crédibilité, la preuve et les arguments de droit présentés à l’audience. Ces notes, de caractère personnel, correspondent à une démarche provisoire qui pourra, par la suite, paraître non fondée aux yeux de son auteur. L’intimé soutient qu’en décidant que les notes sont effectivement des «renseignements personnels» selon la Loi, on nuirait à la confidentialité qui marque la démarche décisionnelle d’un tribunal quasi judiciaire, confidentialité protégée par l’article 119 du Code, selon lequel les membres du CCRT ne sont pas tenus de déposer dans une action—ou toute autre procédure—au civil, relativement à des renseignements obtenus dans l’exercice des fonctions qui leur sont confiées. D’après l’intimé, pareille conclusion conférerait également aux parties qui se présentent devant le CCRT, des pouvoirs d’inquisition à l’égard des membres du CCRT, bien contrairement au principe du caractère définitif des décisions, énoncé à l’article 22 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56] du Code, et qui en forme la clause privative²⁴.

Le TCDP estime, quant à lui, que les renseignements figurant dans les notes prises par les membres du Conseil sont de deux sortes:

(i) des renseignements figurant déjà au dossier ou des renseignements présentés à l’audience et consignés dans la transcription de l’audience; et

(ii) les opinions ou observations des membres concernant les renseignements appartenant à la catégorie (i), y compris la manière dont ces éléments sont présentés²⁵.

Le TCDP fait valoir que les renseignements appartenant à la première catégorie peuvent, par leur nature même, être obtenus, en vertu de la Loi, à partir de sources autres que les notes des membres. Les renseignements de la deuxième catégorie ne sont pas,

it does not contain “views or opinions (of the members) about the individual.” Rather, the CHRT submits that opinions or comments in members’ notes are expressed not on the individual *qua* individual, but on the evidence and law presented at the hearing,²⁶ and that as a result, the Act was not intended to apply to the members’ notes.

2) Are the notes under the control of the Board?

- 20 The applicant makes the following three arguments in support of the conclusion that the CLRB members’ notes are “under the control” of the Board. Firstly, the applicant argues that the fact the notes have been retrieved by the CLRB and reviewed is conclusive of control in this case.²⁷ Secondly, the applicant submits that the notion of control in the Act should be broadly construed, and that the term “under the control” has been interpreted by the courts as being “in the custody of the government regardless of the means by which that custody was obtained.” In support of this proposition, the applicant relies on the decisions of the Federal Court, Trial Division in *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*²⁸ and *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*²⁹ and on the decision of the Court of Appeal in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*.³⁰ A third argument advanced by the applicant is that the CLRB has the authority under the Code to regulate its own affairs within the ordinary meaning of control and that this extends to “managing, directing or regulating” information of a personal nature generated or used in the course of performing an administrative function such as the members’ notes. Thus, according to the applicant, the Board could be expected to exercise control over this information, produced as it was by the members during the course of carrying out their official duties.³¹

cependant, aux termes de la Loi, des «renseignements personnels», étant donné qu’ils ne contiennent pas des «idées ou opinions (des membres) . . . sur lui (c’est-à-dire sur l’intéressé)». Le TCDP estime, au contraire, que les opinions ou observations contenues dans les notes des membres ne visent pas l’intéressé en tant qu’individu mais, plutôt, la preuve et les arguments de droit présentés à l’audience²⁶, et donc que la Loi n’est pas censée s’appliquer aux notes prises par les membres du Conseil.

2) Les notes relèvent-elles du Conseil?

Le requérant développe les trois arguments suivants à l’appui de sa thèse que les notes des membres du CCRT «relèvent» du Conseil. D’abord, il fait valoir que le simple fait que les notes aient été réunies et examinées par le CCRT démontre qu’en l’espèce les notes relèvent bien du Conseil²⁷. Deuxièmement, il fait valoir qu’il y a lieu d’interpréter de manière large cette notion, qui se trouve dans la Loi, de renseignements qui «relèvent» d’un organisme et que cette expression a été interprétée par les tribunaux comme voulant dire que les documents en question sont «sous la garde du gouvernement quels que soient par ailleurs les moyens utilisés pour obtenir cette garde.» À l’appui de cet argument, le requérant invoque les décisions rendues par la Section de première instance de la Cour fédérale dans les affaires *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la condition physique et du Sport amateur)*²⁸ et *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*²⁹ ainsi que l’arrêt de la Cour d’appel *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*³⁰. Selon un troisième argument avancé par le requérant, le CCRT a, de par le Code, le pouvoir de régler ses propres affaires internes selon le sens ordinaire du contrôle, et que cela lui permet de «gérer, diriger ou régir» les renseignements de nature personnelle produits ou utilisés dans l’exercice d’une fonction administrative, cette catégorie de renseignements comprenant les notes des membres. D’après le requérant, donc, on pourrait s’attendre à voir le Conseil exercer sur ces renseignements son contrôle puisqu’il s’agit de renseignements produits par les membres dans l’exercice de leurs fonctions officielles³¹.

21 The respondent and intervenors accept that the term "control" used in paragraph 12(1)(b) of the Act should receive a broad and liberal interpretation, extending to documents under the day-to-day managerial or administrative control of the government institution or under the government institution's ultimate, immediate, full, partial, transient or lasting control. However, they submit that the evidence establishes that the members' notes are not controlled by the Board howsoever control be reasonably defined. This evidence, gleaned from the Chairman of the CLRB's June 17, 1994 letter to the Commissioner, was succinctly summarized by the PSSRB as follows:

Boards such as the CLRB are quasi-judicial tribunals which are called upon to exercise their adjudicative functions like a Court of Justice, i.e. in an impartial and independent manner; (page 3, paragraph 2)

there is no requirement in the *Canada Labour Relations Code*; or in the position profile of the members or in Board policy or procedure pertaining to the creation, maintenance and disposal of notes of members during a public hearing; (page 4, paragraph 2)

some members of a panel may choose to take notes and some may chose [sic] not to do so. Notes taken serve as an aide-memoir [sic] for the preparation of the member's decision; (page 4, paragraph 2)

Board members determine the form and content of their notes which do not constitute minutes of the hearing and are for the exclusive use of the member. They contain the information determined by the member to be relevant to the issue or useful in order to reach his/her decision; (page 4, paragraph 3)

members are free to report all or only part of the testimony or argument presented by the parties and they may add personal comments as to the credibility of a witness or the quality of the argumentation; (page 4, paragraph 3)

members, at all times, remain in possession, custody and control of their personal notes; no other person is allowed to see, read, or use their notes without their consent; (page 4, paragraph 4)

Board members' notes are not part of the Board's official records and are not contained in any other record keeping

L'intimé et les intervenants admettent que le mot «relèvent» qui figure à l'alinéa 12(1)b) de la Loi devrait être interprété de manière large et s'appliquer aux documents sur lesquels une institution fédérale exerce, au jour le jour, un contrôle administratif ou de gestion ou sur lesquels l'institution fédérale en question exerce en dernier ressort, ou sur le coup, un contrôle complet, partiel, provisoire ou durable. Selon eux, cependant, la preuve démontre que les notes prises par les membres ne sont pas soumises au contrôle du Conseil, et cela, quelle que soit la définition que l'on puisse raisonnablement retenir de la notion de contrôle. Cette preuve, tirée de la lettre, en date du 17 juin 1994, du président du CCRT au Commissaire, a été résumée en ces termes par la CRTFP:

Les organismes tels que le CCRT sont des tribunaux quasi judiciaires appelés à exercer une fonction décisionnelle comme le ferait une cour de justice, c'est-à-dire de manière indépendante et impartiale; (page 3, paragraphe 2).

Le *Code canadien du travail*, l'exposé de fonctions des membres du Conseil, les politiques ou procédures de cet organisme, ne contiennent aucune exigence touchant la rédaction, la conservation et la disposition des notes prises par les membres au cours d'audiences; (page 4, paragraphe 2).

Certains membres d'une formation de jugement peuvent décider de prendre des notes, d'autres peuvent décider de ne pas en prendre. Les notes qui sont prises servent d'aide-mémoire dans la préparation de la décision qu'est appelé à prendre le membre; (page 4, paragraphe 2);

Les membres du Conseil décident eux-mêmes de la forme et du contenu de leurs notes, qui ne constituent nullement un procès-verbal de l'audience et qui sont à l'usage exclusif du membre. Ces notes contiennent des renseignements qui, aux yeux de leur auteur, sont pertinents en l'espèce ou utiles pour parvenir à une décision; (page 4, paragraphe 3);

Les membres sont libres de consigner dans leur intégralité ou en partie seulement les témoignages ou arguments présentés par les parties et ils peuvent ajouter à cela des commentaires personnels touchant la crédibilité d'un témoin ou la qualité d'une argumentation; (page 4, paragraphe 3);

En tout temps, les membres conservent la possession, la garde et le contrôle de leurs notes personnelles; personne d'autre n'est admis à les voir, à les lire ou à les utiliser sans leur consentement; (page 4, paragraphe 4);

Les notes prises par des membres du Conseil ne font pas partie des archives de cette institution et ne sont pas

system over which the Board has administrative control; (page 4, paragraph 4)

personal notes may or may not be kept on the Board's premises. (page 4, paragraph 4).³²

regroupées dans un fichier sur lequel le Conseil exercerait un contrôle administratif; (page 4, paragraphe 4);

Les notes personnelles des membres peuvent ou non se trouver dans les locaux du Conseil; (page 4, paragraphe 4)³².

22 The respondent and intervenors reject the applicant's contention that the fact the CLRB produced the members' notes for review by the privacy officer is conclusive of the CLRB's control over the notes. They argue that the applicant should not be able to rely upon the production of the notes for review because the Commissioner had agreed that the review would be conducted on a "without prejudice" basis.³³ Furthermore, they submit that in light of the evidence to the effect that Board members maintain responsibility for the care and safekeeping of their personal notes, the only basis upon which the personal notes could have been produced was with the consent of the Board members in order to cooperate with the Commissioner's investigation.

L'intimé et les intervenants rejettent l'argument avancé par le requérant, selon lequel le simple fait que le CCRT ait produit les notes des membres pour qu'elles puissent être examinées par un agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l'accès à l'information démontre que les notes en question relèvent du CCRT. Ils estiment que le requérant ne devrait pas pouvoir invoquer le fait que les notes ont été produites afin d'être examinées, car le Commissaire avait convenu au préalable que l'examen se ferait «sans préjudice»³³. Ils estiment en outre que, compte tenu de la preuve selon laquelle les membres du Conseil demeurent responsables de la garde et de la sauvegarde de leurs notes personnelles et donc que, si leurs notes personnelles ont pu être produites, ce n'est qu'avec le consentement des membres du Conseil qui ont voulu en cela coopérer à l'enquête du Commissaire.

23 The respondent and intervenors argue that the members' notes cannot be characterized as information generated in the course of performing an administrative function or their official duties, as the evidence shows that there was no official requirement on the part of the members to take notes. They submit that the issue of whether documents were created during the course of carrying out an official duty is not relevant to determine whether the government institution has control over them. As quasi-judicial decision makers, the members are required to maintain complete independence over their decision-making process, and must maintain exclusive control over their hearing notes to achieve this independence. In oral argument, the respondent relied on the arguments of the PSSRB that the Act should not impinge on the right to privacy of officers or employees of the government; personal private notes, such as those in the present case, are the private affairs of their creators, and not subject to the control of the institution or release under access requests.³⁴

L'intimé et les intervenants soutiennent que les notes des membres ne constituent pas des renseignements produits dans l'exercice d'une fonction administrative ou dans l'exercice de fonctions officielles puisqu'il ressort de la preuve que les membres du Conseil ne sont pas, officiellement, tenus de prendre des notes. Ils estiment que la question de savoir si les documents ont été produits dans l'exercice d'une fonction officielle est dénuée de pertinence lorsqu'il s'agit de savoir si les documents en question relèvent ou non de l'institution fédérale en cause. Chargés d'une fonction décisionnelle quasi-judiciaire, les membres doivent assurer l'indépendance intégrale de leur processus de décision et, pour cela, il leur faut conserver le contrôle exclusif des notes prises à l'audience. Dans sa plaidoirie, l'intimé s'est fondé sur les arguments développés par la CRTFP et selon lesquels la Loi ne doit pas empiéter sur le droit à l'intimité des agents ou des employés du gouvernement; les notes personnelles telles que celles dont il est question ici appartiennent en propre à leurs auteurs et ne sont soumises ni au contrôle de l'institu-

24 Finally, the respondent and intervenors submit that the notion of “control” in paragraph 12(1)(b) of the Act should be interpreted to avoid absurd consequences and in a manner consistent with the values 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]], and in particular, with the right of individuals to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice provided for by section 7 of the Charter. They argue that the interpretation of “control” urged upon this Court by the applicant granting access to the personal notes of quasi-judicial decision makers would constitute interference, or raise a reasonable apprehension of interference with the independence and intellectual freedom of the decision makers.³⁵

3) Do the notes fall within the exemption in paragraph 22(1)(b) of the Act?

25 The applicant submits that in order for a defence pursuant to paragraph 22(1)(b) of the Act to be successful, the respondent must establish a reasonable expectation of probable harm resulting from disclosure of the information.³⁶ According to the applicant, the respondent’s statement that providing access to the notes “would reveal the adjudicator’s thinking process and would ultimately harm the administration of the *Canada Labour Code* and the public interest” is insufficient to bring the notes within the exemption provided by paragraph 22(1)(b). The applicant contends that revealing the thought process of decision makers would promote the notion of a fair hearing by providing litigants with the information on which decisions are based. The applicant argues that in any event, a review of the notes in question indicated that providing the complainant access to the notes would not result in the injury claimed.³⁷ In addition, the applicant submits that the fact that two Board members raised no

tion, ni à l’obligation de les communiquer dans le cadre d’une demande d’accès³⁴.

24 En dernier lieu, l’intimé et les intervenants font valoir que la notion de contrôle exprimée par le mot «relevant» qui figure à l’alinéa 12(1)b) de la Loi, devrait être interprétée de manière à éviter tout résultat absurde et afin de se conformer aux valeurs contenues dans 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]], et notamment le droit de chacun à une audition impartiale de sa cause, conformément aux principes de justice fondamentale ainsi que le prévoit l’article 7 de la Charte. D’après eux, l’interprétation du mot «relevant» prônée par le requérant, interprétation ouvrant la voie à la communication des notes personnelles de décideurs quasi-judiciaires, entraînerait une immixtion, ou susciterait une crainte raisonnable d’immixtion dans l’indépendance et la liberté intellectuelle des décideurs³⁵.

3) Lesdites notes bénéficient-elles de l’exception prévue à l’alinéa 22(1)b) de la Loi?

25 Selon le requérant, pour pouvoir obtenir gain de cause en invoquant l’alinéa 22(1)b) de la Loi, l’intimé doit démontrer que la divulgation des renseignements en question risquerait vraisemblablement de porter préjudice³⁶. Selon le requérant, le fait que l’intimé estime que la communication des notes [TRADUCTION] «dévoierait la démarche intellectuelle de membres du Conseil et nuirait en définitive à l’administration du *Code canadien du travail* ainsi qu’à l’intérêt public» ne permet pas en soi de faire bénéficier les notes de l’exception prévue à l’alinéa 22(1)b). Le requérant estime au contraire que le fait de dévoiler la démarche intellectuelle des décideurs servirait l’idée même d’audition impartiale en communiquant aux plaideurs les renseignements qui ont servi de fondement aux décisions en cause. Le requérant estime qu’en tout état de cause l’examen des notes en question a démontré que la communication des notes au plaignant n’entraînerait aucun préjudice³⁷. Le requérant soutient par ailleurs que

objection to having their notes released to the applicant is evidence that these members anticipated no injury from disclosure. Finally, the applicant suggests that in any event, the respondent has not adduced evidence establishing that the disclosure of the Notes would actually reveal the thought process of the Board members.³⁸

26 The respondent submits that the CLRB is a quasi-judicial tribunal which is called upon to exercise adjudicative functions in an impartial and independent manner in much the same way as a court. Granting a right of access to the notes would, according to the respondent, be injurious to the enforcement of the *Canada Labour Code* in the following ways:

... it would affect the liberty of individual CLRB members to hear and decide the cases that come before them by interfering with the way in which CLRB members conduct their cases and make their decisions. It would discourage the taking of notes, detrimentally affect the manner in which notes were taken, and detrimentally affect the manner in which notes are presently used. It would also discourage free and frank discussions amongst and between the CLRB members and in essence remove from the process of inquiring into and adjudicating upon matters within their jurisdiction the use by CLRB members of aide-memoires. (...) A right of access to the Notes would impair the independence of CLRB members in the same manner that it would individual judges.³⁹

In its supplementary memorandum of argument, the respondent submits that the notes were taken by the members as part of the adjudication and deliberation process inherent in the CLRB's exclusive jurisdiction to function as the judicial institution adjudicating federal labour relations matters. The respondent argues that the Supreme Court of Canada has held that independence and impartiality are essential to the exercise of the judicial function, and that to compel testimony from adjudicators about their deliberations and the thought process underlying their decisions constitutes an intrusion that threatens the independence which underlies their impartiality. The respondent submits that only the judiciary may

puisque les deux membres du Conseil ne se sont pas opposés à la communication de leurs notes au requérant, c'est bien que ces deux membres estimaient que cette divulgation n'entraînerait aucun préjudice. Le requérant estime en dernier lieu, qu'en tout état de cause l'intimé n'a produit aucune preuve démontrant que la communication des notes aurait effectivement pour effet de dévoiler la démarche intellectuelle des membres du Conseil³⁸.

L'intimé fait valoir que le CCRT est un tribunal quasi-judiciaire appelé à exercer une fonction décisionnelle de manière indépendante et impartiale, fonction analogue, donc, à celle des tribunaux judiciaires. Le fait de reconnaître un droit à la communication des notes risquerait de nuire, selon l'intimé, aux activités destinées à faire respecter le *Code canadien du travail* puisque:

[TRADUCTION] ... cela porterait atteinte à la liberté des membres du CCRT d'entendre et de trancher les affaires dont ils sont saisis en nuisant à la manière dont ils exercent leurs fonctions et rendent leurs décisions. Cela découragerait la prise de notes, nuirait à la manière même dont les notes sont prises et nuirait à la manière dont ces notes sont actuellement utilisées. Cela découragerait également la franchise et la liberté de propos entre membres du CCRT et aurait pour effet d'éliminer, parmi les membres du CCRT, le recours à des aide-mémoire dans leur examen et dans leur jugement des affaires relevant de leur compétence. (...) En accordant le droit de se faire communiquer ces notes, on nuirait à l'indépendance des membres du CCRT comme on nuirait de manière correspondante à l'indépendance des juges³⁹.

Dans son mémoire complémentaire, l'intimé fait valoir que les notes en question ont été prises par des membres du Conseil dans le cadre du processus de délibération et de jugement inhérent à la compétence exclusive du CCRT, compétence qui consiste à se prononcer, en tant qu'instance de jugement, sur des questions de relations de travail à l'échelon fédéral. Selon l'intimé, la Cour suprême du Canada a jugé que l'indépendance et l'impartialité sont essentielles à l'exercice de la fonction judiciaire, et que le fait d'exiger des membres d'un tribunal qu'ils témoignent au sujet de leurs délibérations et de la démarche intellectuelle qui sous-tend leurs décisions constituerait une ingérence mettant en cause l'indé-

26

decide whether or not to order production of an adjudicator's notes, and that such an order may be made only in the context of the judicial review by a court of the adjudicator's decision. According to the respondent:

To require members' notes to be disclosed without any judicial review application being brought and without any judicial determination of whether the facts of a particular case require that a tribunal member's testimonial immunity be displaced "could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada" within the meaning of paragraph 22(1)(b) of the Privacy Act.⁴⁰

27 The PSSRB submits that "insofar as the disclosure of personal notes interferes with the independence and intellectual freedom of quasi-judicial decision makers, it could reasonably be expected to be injurious to the tribunal's ability to fulfil both its functions and mandate."⁴¹ According to the PSSRB, such interference would occur in two ways. Firstly, disclosure would interfere with decision makers' privacy over their personal decision-making process by revealing this process. Secondly, decision makers would likely alter the manner in which they arrive at decisions to avoid challenges or questions arising out of the possible misunderstanding of their notes.⁴²

III. Analysis

28 This application by the Privacy Commissioner for the disclosure of notes taken at a hearing by members of the CLRB raises a number of complex issues. Some are issues of statutory interpretation. For example, do the notes fall within the meaning attributed in the Act to the term "personal information"? If so, can the notes be said to be "under the control of the government institution" as that con-

pendance qui est le fondement même de leur impartialité. L'intimé estime que seul un tribunal judiciaire est à même de décider s'il convient ou non d'ordonner la production des notes d'un arbitre des griefs et qu'une telle ordonnance ne saurait être rendue que dans le cadre du contrôle judiciaire par un tribunal de la décision de l'arbitre. Selon l'intimé:

[TRADUCTION] Le fait d'exiger la communication des notes prises par les membres, sans pour cela déposer une demande de contrôle judiciaire et sans qu'un tribunal judiciaire soit appelé à dire si les circonstances précises d'une affaire exigent que l'on fasse exception à l'immunité reconnue aux membres d'un tribunal en matière de témoignage «risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales» au sens de l'alinéa 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels⁴⁰.

La CRTFP soutient que [TRADUCTION] «dans la mesure où la communication des notes personnelles nuit à l'indépendance et à la liberté intellectuelle de décideurs quasi-judiciaires, on peut raisonnablement penser que cela nuirait à l'exercice des fonctions et à l'accomplissement de la mission confiées au tribunal»⁴¹. Selon la CRTFP, une telle ingérence se manifesterait sous deux formes. Premièrement, la communication des notes serait une atteinte à la réflexion personnelle des décideurs, puisque cela dévoilerait la démarche intellectuelle qui sous-tend leur décision. Deuxièmement, il est probable que les décideurs modifieraient alors la manière dont ils parviennent à leurs décisions afin d'éviter toute contestation ou toutes questions que pourrait soulever une mauvaise interprétation des notes qu'ils ont consignées⁴².

III. Analyse

La présente demande, déposée par le Commissaire à la protection de la vie privée et tendant à la communication des notes prises à l'audience par des membres du CCRT, soulève plusieurs problèmes complexes, dont certains ont trait à l'interprétation des lois. Les notes, par exemple, sont-elles comprises dans ce que la Loi appelle «renseignements personnels». Si oui, peut-on dire qu'il s'agit de

cept has come to be understood under the Act? In my view, these issues of statutory interpretation do not command a simple solution nor can they be resolved in isolation, because of the more fundamental issue raised by the Commissioner's application. In essence the Commissioner is disputing the soundness of the long-established principle that decision makers should be free to hear and decide the cases before them without any influence from any outsider for any reason, and of the corollary to this principle, that the decision-making processes of decision makers should not be subjected to any intrusion by outsiders.⁴³ The requirement of independence has been held by the courts to be a rule of natural justice to which administrative tribunals must adhere subject to the supervision of the courts. Relying on the wide ambit which the legislator has given to the *Privacy Act*, and the liberal interpretation which the courts have given it, the Commissioner's position is that Parliament has decided to make the notes of decision makers sitting on administrative tribunals accessible under the *Privacy Act*, thereby subjugating the long-established protection enjoyed by decision makers against intrusion into the thinking process leading to their decision to the privacy interests of individuals appearing before them.

documents «relevant d'une institution fédérale» au sens où cette expression, tirée de la Loi, est comprise? Il ne me semble y avoir aucune solution simple à ces problèmes d'interprétation des lois et j'estime qu'on ne peut pas les résoudre isolément, car la demande présentée par le Commissaire soulève des questions encore plus essentielles. Le Commissaire met en effet en cause les fondements du principe bien établi voulant que les décideurs soient libres d'entendre et de trancher les affaires dont ils sont saisis sans avoir à subir, pour quelque raison que ce soit, une influence extrinsèque, ce principe ayant pour corollaire que le processus décisionnel ne doit être soumis à aucune ingérence de l'extérieur⁴³. Selon les tribunaux, cette nécessaire indépendance constitue une règle de justice naturelle à laquelle les tribunaux de l'ordre administratif sont eux-mêmes tenus sous réserve de leur supervision par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Se fondant sur l'amplitude considérable du champ d'application dont le législateur a doté la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ainsi que sur l'interprétation très large que les tribunaux en ont faite, le Commissaire soutient que le législateur a voulu que l'on puisse, en se fondant sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, obtenir la communication de notes prises par les décideurs siégeant au sein de tribunaux administratifs, ce qui aurait pour effet de subordonner aux droits dont bénéficient, au niveau des renseignements personnels, les personnes comparissant devant eux, la protection dont les décideurs bénéficient depuis longtemps contre toute ingérence dans la démarche intellectuelle qui les amène à une décision.

29 Keeping the foregoing in mind, I believe it necessary to first place this matter in context by dealing at some length with the fundamental issue pertaining to the effect of the disclosure of the notes on the independence of the members of the CLRB and the related exemption found in paragraph 22(1)(b) of the Act. Prior to doing so, it would be useful to review the statutory scheme under both the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*⁴⁴ and briefly deal with the manner in which the courts have so far construed these statutes.

Cela étant, il me semble devoir situer la question dans son contexte en examinant assez longuement le problème fondamental de l'effet que la divulgation de notes pourrait avoir sur l'indépendance des membres du CCRT, et la question connexe de l'exception prévue à l'alinéa 22(1)b) de la Loi. Avant de ce faire, cependant, il serait utile de rappeler les dispositions pertinentes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information*⁴⁴ et de se pencher brièvement sur la manière dont, jusqu'ici, les tribunaux ont interprété ces deux textes.

1. The Scheme of the Actsa) Access to Information Act

30 The purpose of the Access Act is stated in section 2 as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

The provision defining the right of access granted under the Access Act is section 4:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

1. Dispositions législativesa) Loi sur l'accès à l'information

L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* est 30 exposé en son article 2:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

C'est à l'article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] qu'est défini le droit d'accès reconnu par la *Loi sur l'accès à l'information*:

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

Thus, under the Access Act, which applies notwithstanding any other Act, persons are given access to records “under the control of a government institution.” A “record” is defined as including:

3. . . .

“record” includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof;⁴⁵

The government institutions subject to the access legislation include any department or ministry of state of the Government of Canada listed in Schedule I to the Access Act, or any body or office listed in that schedule.⁴⁶ Included in Schedule I are the CLRB, the CITT [added by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 52], the NTA [added *idem*, c. 28, s. 274], and the PSSRB. Courts of law, including the Federal Court of Canada, are absent from the schedule.

31 The Access Act provides for the exemption of certain types of recorded information from the broad right of access granted in section 4. Some exemptions in the Access Act are mandatory. For example, section 19 provides that records containing “personal information” as defined in the *Privacy Act* cannot as a rule be disclosed:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

(a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

(b) the information is publicly available; or

(c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

Ainsi, la *Loi sur l'accès à l'information*, qui s'applique nonobstant les dispositions de toute autre loi, confère un droit d'accès aux documents «relevant d'une institution fédérale». Selon la définition qui en est donnée, on entend par «document»:

3. . . .

«document» Tous éléments d'information . . . notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé ou toute reproduction de ces éléments d'information⁴⁵;

Les institutions fédérales auxquelles s'appliquent les règles de l'accès à l'information comprennent tout ministère ou département d'État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme figurant à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information*⁴⁶. Or, figurent à l'annexe I, le CCRT, le TCCE [ajouté par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52], l'ONT [ajouté *idem*, ch. 28, art. 274] et la CRTFP. Les tribunaux judiciaires, y compris la Cour fédérale du Canada, n'y figurent pas.

La *Loi sur l'accès à l'information* exempte certains types de renseignements documentaires du droit d'accès largement défini que reconnaît l'article 4. Certaines exemptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information* sont obligatoires. L'article 19, par exemple, prévoit que les documents contenant les «renseignements personnels» visés dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ne pourront généralement pas être communiqués:

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

31

Other exemptions are discretionary. For example, section 21 of the Access Act provides that the head of a government institution may refuse to disclose a record that contains accounts of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution:

21. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
- (b) an account of consultations or deliberations involving officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister of the Crown,
- (c) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto, or
- (d) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of a record that contains

- (a) an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power or an adjudicative function and that affects the rights of a person; or
- (b) a report prepared by a consultant or an adviser who was not, at the time the report was prepared, an officer or employee of a government institution or a member of the staff of a minister of the Crown.

Another such exemption is section 16, which concerns information obtained or prepared by a government institution that is an investigative body and information the disclosure of which could reasonably be expected, among other things, to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province. Section 16 provides in part as follows:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

D'autres exemptions sont de nature discrétionnaire. L'article 21 de la *Loi sur l'accès à l'information*, par exemple, prévoit que le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents rendant compte de consultations ou de délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale:

21. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant:

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
- b) des comptes rendus de consultations ou délibérations où sont concernés des cadres ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;
- c) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées;
- d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux documents contenant:

- a) le compte rendu ou l'exposé des motifs d'une décision qui est prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou rendue dans l'exercice d'une fonction judiciaire ou quasi-judiciaire et qui touche les droits d'une personne;
- b) le rapport établi par un consultant ou conseiller à une époque où il n'appartient pas au personnel d'une institution fédérale ou d'un ministre.

On trouve une autre exemption à l'article 16 au sujet des renseignements obtenus ou préparés par une institution fédérale qui constitue un organisme d'enquête et dont la divulgation risquerait vraisemblablement, entre autres, de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales. Voici ce que prévoit l'article 16:

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents:

...
 (c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

- (i) relating to the existence or nature of a particular investigation,
- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or
- (iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; . . .

32 Where access to a record is requested under the Access Act, the head of the government institution to which the request is made must give the person who made the request written notice as to whether or not access will be given. If access is to be given, the head of the government institution must give access to the requester.⁴⁷ Where the government institution refuses access to the requested records, the head of the institution must state in its notice to the requester either that the record does not exist or the specific provision of the Access Act on which the refusal was based.⁴⁸

33 The Access Act creates the Office of the Information Commissioner.⁴⁹ One of the principal duties of the Information Commissioner is to receive and investigate complaints from persons having been refused access to records they have requested under the Access Act.⁵⁰ If the Information Commissioner finds that a complaint is well-founded, the Commissioner provides the head of the government institution that has control of the record with a report of the investigation's findings.⁵¹ If the head of the government institution refuses to give access to the record requested under the Access Act, the complainant has the right to apply to the Federal Court for a review of the refusal. The Information Commissioner may also seek a review of the refusal with the complainant's consent.⁵²

...
 c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

- (i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,
- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,
- (iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête; . . .

En cas de demande de communication d'un document en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, le responsable de l'institution fédérale qui reçoit la demande doit répondre par écrit pour indiquer s'il communiquera ou non le document voulu. Si oui, le responsable de l'institution fédérale doit donner communication au demandeur⁴⁷. Lorsqu'une institution fédérale refuse de donner communication des dossiers demandés, le responsable de l'institution doit, dans sa réponse au demandeur, indiquer si le dossier n'existe pas ou, alors, citer les dispositions précises de la *Loi sur l'accès à l'information* qui fondent son refus⁴⁸.

La *Loi sur l'accès à l'information* porte création d'un Commissariat à l'information⁴⁹. L'une des principales fonctions du Commissaire à l'information consiste à recevoir et à enquêter sur les plaintes déposées par ceux à qui l'on a refusé de communiquer des documents qu'ils avaient demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*⁵⁰. Si le Commissaire à l'information estime que la plainte est fondée, il transmet au responsable de l'institution fédérale dont relève le dossier en question un rapport des conclusions de son enquête⁵¹. Si le responsable de l'institution fédérale refuse de donner communication d'un dossier demandé en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'auteur de la plainte a le droit de solliciter de la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la décision de refus. Le Commissaire à l'information peut, lui aussi, avec le consentement de l'intéressé, solliciter le contrôle judiciaire de la décision de refus⁵².

34 In addition to setting out the mechanism by which a person may gain access to records under the control of a government institution, the Access Act imposes certain duties on the government institutions and the designated Minister. For example, section 70 provides:

70. (1) Subject to subsection (2), the designated Minister shall

(a) cause to be kept under review the manner in which records under the control of government institutions are maintained and managed to ensure compliance with the provisions of this Act and the regulations relating to access to records;

(b) prescribe such forms as may be required for the operation of this Act and the regulations;

(c) cause to be prepared and distributed to government institutions directives and guidelines concerning the operation of this Act and the regulations; and

(d) prescribe the form of, and what information is to be included in, reports made to Parliament under section 72.

The head of every government institution must also submit to Parliament an annual report on the administration of the Access Act within the institution.⁵³

b) Privacy Act

35 The purpose of the *Privacy Act* is stated in section 2 of the Act:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

It is noteworthy that before the enactment of the *Privacy Act*, the protection of the privacy of individuals with respect to personal information was ensured by Part IV of the *Canadian Human Rights Act* which was entitled "Protection of Personal Information."⁵⁴ Paragraph 2(b) of the *Canadian Human Rights Act* described the purpose of Part IV as follows:

34 La *Loi sur l'accès à l'information* prévoit donc un mécanisme permettant d'obtenir la communication de dossiers relevant d'une institution fédérale, et impose en même temps aux institutions fédérales et au ministre désigné certaines obligations. L'article 70, par exemple, dispose que:

70. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre désigné est responsable:

a) du contrôle des modalités de tenue et de gestion des documents relevant des institutions fédérales dans le but d'en assurer la conformité avec la présente loi et ses règlements;

b) de l'établissement des formulaires nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi et de ses règlements;

c) de la rédaction des instructions et directives nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi et de ses règlements et de leur diffusion auprès des institutions fédérales;

d) de la détermination de la forme et du fond des rapports au Parlement visés à l'article 72.

Le responsable de chaque institution fédérale doit également remettre au Parlement un rapport annuel sur la manière dont est administrée, au sein de l'institution, la *Loi sur l'accès à l'information*⁵³.

b) La Loi sur la protection des renseignements personnels

35 L'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est énoncé à l'article 2 de la Loi:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

Notons qu'avant l'adoption de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la protection, en matière de renseignements personnels, de la vie privée des gens, était assurée par la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, partie ayant pour titre «Protection des renseignements personnels»⁵⁴. Selon le paragraphe 2(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la

2. . . .

(b) the privacy of individuals and their right of access to records containing personal information concerning them by any purpose including the purpose of ensuring accuracy and completeness should be protected to the greatest extent consistent with the public interest.

36 The right of access granted to individuals under the Act is defined in section 12:

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(a) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(b) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

(2) Every individual who is given access under paragraph (1)(a) to personal information that has been used, is being used or is available for use for an administrative purpose is entitled to

(a) request correction of the personal information where the individual believes there is an error or omission therein;

(b) require that a notation be attached to the information reflecting any correction requested but not made; and

(c) require that any person or body to whom that information has been disclosed for use for an administrative purpose within two years prior to the time a correction is requested or a notation is required under this subsection in respect of that information

(i) be notified of the correction or notation, and

(ii) where the disclosure is to a government institution, the institution make the correction or notation on any copy of the information under its control.

partie IV de cette Loi a pour objet de donner effet aux principes suivants:

2. . . .

b) les individus ont droit à la vie privée et ils ont droit d'accès aux dossiers qui contiennent des renseignements personnels les concernant à toutes fins, notamment pour s'assurer qu'ils sont complets et que les renseignements qu'ils contiennent sont exacts, et ce dans toute la mesure compatible avec l'intérêt public.

Le droit d'accès reconnu par la Loi aux individus est défini à l'article 12: 36

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande:

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

(2) Tout individu qui reçoit communication, en vertu de l'alinéa (1)a), de renseignements personnels qui ont été, sont ou peuvent être utilisés à des fins administratives, a le droit:

a) de demander la correction des renseignements personnels le concernant qui, selon lui, sont erronés ou incomplets;

b) d'exiger, s'il y a lieu, qu'il soit fait mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées;

c) d'exiger:

(i) que toute personne ou tout organisme à qui ces renseignements ont été communiqués pour servir à des fins administratives dans les deux ans précédant la demande de correction ou de mention des corrections non effectuées soient avisés de la correction ou de la mention,

(ii) que l'organisme, s'il s'agit d'une institution fédérale, effectue la correction ou porte la mention sur toute copie de document contenant les renseignements qui relèvent de lui.

(3) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to personal information under subsection (1) to include individuals not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

Section 12 of the Act grants individuals access to personal information about them. As in the case of the Access Act, the Act applies to information "under the control of a government institution." The government institutions to which the Act applies are listed in Schedule I to the Act. As for the Access Act, the CLRB, the CITT, the NTA, and the PSSRB are included and courts of law are not.

37 In addition to being under the control of a government institution, the information must be "personal" information. The term "personal information" is defined in section 3 as follows:

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

(c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(3) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des individus autres que ceux qui y sont mentionnés.

L'article 12 de la Loi donne aux individus accès aux renseignements personnels les concernant. À l'instar de la *Loi sur l'accès à l'information*, la Loi s'applique aux renseignements «relevant d'une institution fédérale». Les institutions fédérales auxquelles la Loi s'applique figurent à l'annexe I de la Loi. Comme dans la *Loi sur l'accès à l'information*, le CCRT, le TCCE, l'ONT et la CRTFP y figurent, mais non les tribunaux judiciaires.

Non seulement les renseignements concernés 37 doivent-ils relever d'une institution fédérale, mais encore doivent-ils être des renseignements «personnels». La notion de «renseignements personnels» est définie à l'article 3:

3. . . .

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

In addition to the very broadly framed right of access to “personal information”, section 12 also provides a right of access to personal information contained in a personal information bank. A “per-

g) les idées ou opinions d’autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d’un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l’alinéa e), à l’exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d’autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l’application des articles 7, 8 et 26, et de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

(i) le fait même qu’il est ou a été employé par l’institution;

(ii) son titre et les [sic] adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l’éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui a conclu un contrat de prestation de services avec une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l’individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d’un permis ou d’une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

L’article 12 confère non seulement un droit d’accès largement défini aux «renseignements personnels», mais également un droit d’accès aux renseignements personnels versés dans un fichier de renseignements

sonal information bank” is defined as a collection or grouping of personal information described as follows in section 10 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1, s. 12] of the Act:

10. (1) The head of a government institution shall cause to be included in personal information banks all personal information under the control of the government institution that

(a) has been used, is being used or is available for use for an administrative purpose; or

(b) is organized or intended to be retrieved by the name of an individual or by an identifying number, symbol or other particular assigned to an individual.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of personal information under the custody or control of the National Archivist of Canada that has been transferred to the National Archivist of Canada by a government institution for archival or historical purposes.⁵⁵

The term “administrative purpose” is defined in section 3 of the Act as follows:

“administrative purpose”, in relation to the use of personal information about an individual, means the use of that information in a decision making process that directly affects that individual;

38 Subsection 12(2) of the Act specifies what an individual is entitled to do with the personal information to which the individual is granted access under the Act. Individuals may request that the personal information be corrected or that notations of the requested corrections be attached thereto where they believe the information contains errors or omissions. In addition, individuals may require that persons or bodies to whom the personal information has been disclosed in the two years preceding the request for a correction be notified of the correction or notation.

39 The Act also contains general provisions whose object is to ensure the proper collection, retention and disposal of personal information by government institutions, as well as the accuracy of this information.⁵⁶ For example, section 4 of the Act provides that:

personnels. C’est à l’article 10 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 12] de la Loi que se trouve défini ce qu’on doit entendre par «fichier de renseignements personnels», c’est-à-dire:

10. (1) Le responsable d’une institution fédérale veille à ce que soient versés dans des fichiers de renseignements personnels tous les renseignements personnels qui relèvent de son institution et qui:

a) ont été, sont ou peuvent être utilisés à des fins administratives;

b) sont marqués de façon à pouvoir être retrouvés par référence au nom d’un individu ou à un numéro, symbole ou autre indication identificatrice propre à cet individu.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux renseignements personnels qui relèvent des Archives publiques et qui y ont été versés par une institution fédérale pour dépôt ou à des fins historiques⁵⁵.

L’expression «fins administratives» est définie à l’article 3 de la Loi:

«fins administratives» Destination de l’usage de renseignements personnels concernant un individu dans le cadre d’une décision le touchant directement.

Le paragraphe 12(2) de la Loi précise ce qu’un individu est en droit de faire des renseignements personnels auxquels il a accès en vertu de la Loi. C’est ainsi que l’on peut demander que des corrections soient apportées à ces renseignements personnels ou qu’il soit fait mention des corrections qui ont été demandées lorsque l’intéressé estime que les renseignements sont erronés ou incomplets. Chacun peut également exiger que toute personne ou tout organisme à qui ces renseignements ont été communiqués dans les deux ans précédant la demande de correction soit avisé de la correction ou de la mention.

La Loi contient également des dispositions de portée générale permettant d’assurer que la collecte, la conservation et le retrait de renseignements personnels par des institutions fédérales se fait correctement et de veiller à l’exactitude de ces renseignements⁵⁶. C’est ainsi que, par exemple, l’article 4 de la Loi prévoit que:

4. No personal information shall be collected by a government institution unless it relates directly to an operating program or activity of the institution.

Section 6 of the Act provides for the retention, accuracy and disposal of personal information:

6. (1) Personal information that has been used by a government institution for an administrative purpose shall be retained by the institution for such period of time after it is so used as may be prescribed by regulation in order to ensure that the individual to whom it relates has a reasonable opportunity to obtain access to the information.

(2) A government institution shall take all reasonable steps to ensure that personal information that is used for an administrative purpose by the institution is as accurate, up-to-date and complete as possible.

(3) A government institution shall dispose of personal information under the control of the institution in accordance with the regulations and in accordance with any directives or guidelines issued by the designated minister in relation to the disposal of that information.

The duty of government institutions to retain personal information is further defined in the *Privacy Regulations*.⁵⁷ Section 4 of the Regulations states in part:

4. (1) Personal information concerning an individual that has been used by a government institution for an administrative purpose shall be retained by the institution

(a) for at least two years following the last time the personal information was used for an administrative purpose unless the individual consents to its disposal; and

(b) where a request for access to the information has been received, until such time as the individual has had the opportunity to exercise all his rights under the Act.

4. Les seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités.

L'article 6 de la Loi s'applique à la conservation, à l'exactitude et au retrait des renseignements personnels:

6. (1) Les renseignements personnels utilisés par une institution fédérale à des fins administratives doivent être conservés après usage par l'institution pendant une période, déterminée par règlement, suffisamment longue pour permettre à l'individu qu'ils concernent d'exercer son droit d'accès à ces renseignements.

(2) Une institution fédérale est tenue de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements personnels qu'elle utilise à des fins administratives soient à jour, exacts et complets.

(3) Une institution fédérale procède au retrait des renseignements personnels qui relèvent d'elle conformément aux règlements et aux instructions ou directives applicables du ministre désigné.

L'obligation qu'ont les institutions fédérales, de conserver les renseignements personnels est définie de manière plus précise dans le *Règlement sur la protection des renseignements personnels*⁵⁷. L'article 4 du Règlement prévoit notamment:

4. (1) Les renseignements personnels utilisés par une institution fédérale à des fins administratives doivent être conservés par cette institution:

a) pendant au moins deux ans après la dernière fois où ces renseignements ont été utilisés à des fins administratives, à moins que l'individu qu'ils concernent ne consente à leur retrait du fichier; et

b) dans les cas où une demande d'accès à ces renseignements a été reçue, jusqu'à ce que son auteur ait eu la possibilité d'exercer tous ses droits en vertu de la Loi.

40 Sections 7 and 8 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; (3rd Supp.), c. 1, s. 12] of the Act ensure that personal information under the control of a government institution is used only for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution, and is disclosed only with the consent of the individual to whom the information relates or in accordance with conditions enumerated in subsection 8(2).

Les paragraphes 7 et 8 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; (3^e suppl.), ch. 1, art. 12] de la Loi permettent d'assurer que les renseignements personnels relevant d'une institution fédérale ne serviront qu'aux fins pour lesquelles les renseignements ont été obtenus ou réunis par l'institution et que ces renseignements ne seront divulgués qu'avec le consentement de l'individu concerné ou conformément aux conditions fixées au paragraphe 8(2).

41 Like the Access Act, the *Privacy Act* contains several exemptions which allow the head of a government institution to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1). Section 21 provides that the head of a government institution may refuse to disclose personal information which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities. Section 22 contains an exemption which parallels section 16 of the Access Act. It reads in part as follows:

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

...

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; . . .

The Governor in Council may designate as "exempt banks" personal information banks which consist predominantly of personal information described in sections 21 and 22.⁵⁸

42 The Act creates the Office of the Privacy Commissioner.⁵⁹ The powers and duties of the Privacy Commissioner are analogous to those of the Information Commissioner under the Access Act. The Commissioner receives and investigates various complaints, notably from individuals who have been refused access to personal information requested under subsection 12(1).⁶⁰ Like the Information Com-

À l'instar de la *Loi sur l'accès à l'information*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit plusieurs exemptions permettant au responsable d'une institution fédérale de refuser de communiquer les renseignements personnels demandés au titre du paragraphe 12(1). Selon l'article 21, le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives. L'article 22 prévoit une exemption analogue à celle de l'article 16 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette disposition prévoit notamment que: 41

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1):

...

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête; . . .

Le gouverneur en conseil peut désigner «fichiers inconsultables» des fichiers de renseignements personnels qui sont formés de dossiers dans chacun desquels dominent les renseignements visés aux articles 21 et 22.⁵⁸

La Loi a porté création d'un Commissariat à la protection de la vie privée⁵⁹. Les pouvoirs et fonctions du Commissaire à la protection de la vie privée sont analogues à ceux que la *Loi sur l'accès à l'information* confère au Commissaire à l'information. Le Commissaire reçoit et enquête sur les plaintes qui lui sont soumises, notamment par des individus à qui l'on a refusé de communiquer des renseignements 42

missionner under the Access Act, the Privacy Commissioner must provide the head of the government institution that has control of the personal information with a report of the investigation's findings if he finds that such a complaint is well-founded.⁶¹ If, following the investigation of a complaint relating to the refusal to give access to personal information under the Act, access is not given to the complainant, the complainant has the right to apply to the Federal Court for a review of the refusal.⁶² The Commissioner may seek a review of the refusal with the complainant's consent.⁶³

43 In addition to the power to investigate complaints, the Commissioner has broad powers to review compliance of government institutions with the provisions of the Act. For example, subsection 37(1) of the Act provides that:

37. (1) The Privacy Commissioner may, from time to time at the discretion of the Commissioner, carry out investigations in respect of personal information under the control of government institutions to ensure compliance with sections 4 to 8.

Thus, the Commissioner may carry out the necessary investigations to ensure that government institutions collect, retain, dispose of, use, disclose and ensure the accuracy of personal information within their control in accordance with the Act.⁶⁴

c) Interpretation of the Access Act and the Privacy Act

44 It is well established that the provisions of the Access Act and of the *Privacy Act* must be afforded a broad and purposive interpretation. In *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* a majority of the Court of Appeal, considering the proper interpretation of the word "control" in the Access Act, held that it was:

personnels qu'ils avaient demandés en vertu du paragraphe 12(1)⁶⁰. Ainsi que la *Loi sur l'accès à l'information* le prévoit pour le Commissaire à l'information, le Commissaire à la protection de la vie privée doit transmettre au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements personnels en question un rapport des conclusions de l'enquête s'il estime que la plainte est fondée⁶¹. Si, après enquête sur une plainte déposée à la suite d'un refus de communiquer des renseignements personnels demandés en vertu de la Loi, l'auteur de la plainte se voit toujours refuser l'accès aux renseignements en question, il a le droit de solliciter de la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la décision de refus⁶². Avec le consentement de l'intéressé, le Commissaire peut, lui aussi, demander le contrôle judiciaire de la décision de refus⁶³.

Le Commissaire a non seulement le pouvoir d'enquêter sur une plainte, mais aussi de larges pouvoirs lui permettant de veiller au respect des dispositions de la Loi par les institutions fédérales. C'est ainsi que le paragraphe 37(1) de la Loi prévoit que:

37. (1) Pour le contrôle d'application des articles 4 à 8, le Commissaire à la protection de la vie privée peut, à son appréciation, tenir des enquêtes quant aux renseignements personnels qui relèvent des institutions fédérales.

Le Commissaire peut donc mener les enquêtes nécessaires pour assurer qu'en ce qui concerne la collecte, la conservation, le retrait, l'utilisation, la communication et l'exactitude des renseignements personnels relevant d'elles, les institutions fédérales se conforment aux dispositions de la Loi⁶⁴.

c) Interprétation de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels

Il est acquis que les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doivent être interprétées de manière libérale et fondée sur l'objet visé de ces deux textes de loi. Dans l'affaire *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)* la Cour d'appel, se penchant sur l'interpré-

43

44

... as much the duty of courts to give subsection 4(1) of the *Access to Information Act* a liberal and purposive construction, without reading in limiting words not found in the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature as "[i]t is the duty of boards and courts," as Chief Justice Lamer of the Supreme Court of Canada reminded us in relation to the *Canadian Human Rights Act*, "to give s. 3 a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature." [Underlining in original text, footnotes omitted.]⁶⁵

45 This liberal and purposive interpretation of the Access Act and *Privacy Act* has particularly been illustrated in the approach of this Court to the interpretation of the exemptions to the rights of access granted under these statutes. In *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, the Court of Appeal held that in exercising the discretion conferred by subsection 21(1) of the Access Act to refuse to disclose information requested under this Act, it was incumbent on the administrative head of a government institution to have regard to the policy and object of the Act.⁶⁶ Heald J.A. stated:

When it is remembered that subsection 4(1) of the Act confers upon every Canadian citizen and permanent resident of Canada a general right to access and that the exemptions to that general rule must be limited and specific, I think it clear that Parliament intended the exemptions to be interpreted strictly.⁶⁷

As to who bore the onus of proving that an exemption applied, his Lordship held:

The general rule is disclosure, the exception is exemption and the onus of proving the entitlement to the benefit of the exception rests upon those who claim it.⁶⁸

46 An illustration of the broad, purposive approach to statutory interpretation in the context of the *Pri-*

tation qu'il convenait de donner du mot «relevant» qui figure dans la *Loi sur l'accès à l'information*, a décidé à la majorité que:

... il incombe tout autant aux cours de justice de donner au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, sans ajouter des termes restrictifs qui ne se trouvent pas dans la Loi ou autrement contourner la volonté du législateur, qu'«il incombe aux commissions et aux cours de justice» ainsi que le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada nous l'a rappelé au sujet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, «de donner à l'article 3 une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner la volonté de la législature. [Souligné dans l'original, mais les renvois sont omis⁶⁵.]

Cette interprétation libérale, fondée sur l'objet 45 même de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, est notamment illustrée par la manière dont la Cour a abordé la question de l'interprétation des exemptions aux droits reconnus en matière d'accès par ces deux textes de loi. Dans l'affaire *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, la Cour d'appel a décidé que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il a, en vertu du paragraphe 21(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, de refuser de communiquer les renseignements demandés au titre de cette Loi, le responsable administratif d'une institution fédérale doit tenir compte de l'économie et de l'objet de la Loi⁶⁶. Le juge Heald, de la Cour d'appel, a notamment déclaré que:

Lorsqu'on se rappelle que le paragraphe 4(1) de la Loi confère aux citoyens canadiens et aux résidents permanents un droit général d'accès et que les exemptions à cette règle doivent être précises et limitées, le législateur a, à mon avis, clairement voulu que les exemptions fassent l'objet d'une interprétation stricte⁶⁷.

Quant à la question de savoir à qui incombe la preuve qu'une exemption peut effectivement être invoquée, Sa Seigneurie a jugé que:

La communication est la règle générale et l'exemption, l'exception, et c'est à ceux qui réclament l'exemption de prouver leur droit à cet égard⁶⁸.

Le rejet, par la Cour, d'une interprétation trop 46 restrictive de l'expression «renseignements person-

vacuity Act is the rejection by this Court of an unduly restrictive interpretation of the term “personal information”. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, the Court of Appeal held that the Motions Judge had erred in finding that only information whose “predominant characteristic” was personal could be considered personal information under the Act.⁶⁹ Isaac C.J. stated:

The injection of the “predominant characteristic test” is an unwarranted attempt by the Motions Judge to amend the definition of “personal information” and is contrary to the admonition expressed by the Trial Division of this Court in *Rubin v. Canada (Privy Council, Clerk)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 337, at pages 343-344, as follows:

Whilst it is trite that courts are responsible to interpret what Parliament enacts, only a naïve primitive would think that courts are free to do just as they please in such circumstances. The judiciary must exercise self-restraint, and must not trifle with the intent of Parliament as expressed in its enactments. The judiciary must never slip easily, if at all, into defiance of Parliament, since this country is founded on the principles of the rule of law.⁷⁰

In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, while examining subsection 19(1) of the Access Act [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, Sch. I] which allows personal information to be exempted from disclosure, Jerome A.C.J. held:

The intent of subsection 19(1), and its incorporation of section 3 of the *Privacy Act*, is clearly to protect the privacy or identity of individuals who may be mentioned in otherwise releasable material. I note that the definition of personal information is deliberately broad. It is entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity.⁷¹

In *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, Rothstein J. applied to the interpretation of the definition of “personal information” a test similar to that adopted for disclosure under the Access Act by the Court of Appeal in *CMHC*:

nels» illustre bien l'approche libérale du problème de l'interprétation des lois dans le contexte de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, approche s'inspirant essentiellement de l'objet même du texte. Dans l'affaire *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, la Cour d'appel a décidé que c'est à mauvais escient que le juge des requêtes avait conclu que seuls pouvaient être considérés comme des renseignements personnels aux termes de la Loi, ceux dont la «caractéristique prédominante» était de nature personnelle⁶⁹. Le juge en chef Isaac a affirmé:

En ajoutant le «critère de la caractéristique prédominante», le juge des requêtes a tenté sans raison valable de modifier la définition de l'expression «renseignements personnels», ce qui va à l'encontre de l'avertissement formulé par la Section de première instance de la Cour dans l'affaire *Rubin c. Canada (Conseil privé, Greffier)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 337, aux pages 343 et 344:

Bien qu'il soit un lieu commun de dire que les tribunaux ont pour responsabilité d'interpréter les lois, seul un primitif naïf penserait qu'il leur est loisible d'en faire ce qu'ils veulent. Ils doivent se contrôler eux-mêmes et ne doivent pas traiter à la légère la volonté du législateur telle qu'elle s'exprime dans les lois qu'il adopte. Il ne faut jamais qu'ils se laissent aller, même sans s'en rendre compte, à faire fi du législateur puisque ce pays est fondé sur les principes de l'État de droit⁷⁰.

Dans l'affaire *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, examinant le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I], qui prévoit la non-divulgence de renseignements personnels, le juge en chef adjoint Jerome a affirmé que:

L'objectif du paragraphe 19(1), dans lequel se retrouve l'article 3 de la *Loi sur les renseignements personnels*, est clairement de protéger la vie privée ou l'identité des individus dont le nom peut être mentionné dans des documents qui peuvent par ailleurs être communiqués. Je constate que la définition de l'expression renseignements personnels est délibérément large. Elle illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus⁷¹.

Dans l'affaire *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, le juge Rothstein, interprétant la définition de «renseignements personnels», a retenu un critère analogue à celui qui avait été appliqué, en matière de communication de documents au titre de la *Loi sur l'accès à*

Because the purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of “personal information,” the general rule is that information about identifiable individuals is “personal information” and only if a specific exception applies, would such information not be “personal information.”⁷²

47 The broad, purposive approach afforded by this Court to the interpretation of both the Access Act and *Privacy Act* originates in part from this legislation’s particular status. Subsection 4(1) of the Access Act provides that the Act applies “notwithstanding any other act of Parliament,” lending it a quasi-constitutional status. The enactment by Parliament of Part IV of the *Canadian Human Rights Act*, later replaced by the *Privacy Act*, illustrated its recognition of the importance of the protection of individual privacy. A purposive approach to the interpretation of the *Privacy Act* is thus justified by the statute’s quasi-constitutional legislative roots.

48 This Court has held on several occasions that the Access Act and *Privacy Act* must be interpreted together. In the case of *Bombardier v. Public Service Commission of Canada*, the applicant had applied under the *Privacy Act* to obtain the originals of a test administered by a public service agency and taken by him, as well as the correction grid.⁷³ The applicant argued that a provision of the Access Act which authorized government institutions to protect the confidentiality of such tests was not applicable since he had brought an application for disclosure under the *Privacy Act*. Addy J. held that this argument was unacceptable for the following reasons:

Every statute must be interpreted in the light of other legislation dealing with the same or a related subject.

l’information, par la Cour d’appel dans l’affaire *SCHL*:

Étant donné que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise à protéger les «renseignements personnels», les renseignements concernant des individus identifiables sont, en règle générale, des «renseignements personnels»; ce n’est que dans le cas où une exception précise s’appliquerait, qu’il ne s’agirait pas de «renseignements personnels»⁷².

47 Cette approche libérale, fondée sur l’objet même de la loi, et que la Cour a retenue dans l’interprétation aussi bien de la *Loi sur l’accès à l’information* que de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, est en partie due au statut particulier reconnu aux deux textes. Selon le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information*, celle-ci s’applique «nonobstant toute autre loi fédérale», ce qui confère au texte un statut quasi constitutionnel. L’adoption, par le Parlement, de la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, remplacée depuis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, montre toute l’importance qu’on accorde à la protection de la vie privée des individus. Compte tenu de cette origine législative quasi constitutionnelle de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c’est à juste titre qu’on l’interprète en fonction de son objet.

48 La Cour a rappelé, à plusieurs occasions que la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doivent être interprétées ensemble. Dans l’affaire *Bombardier c. Commission de la Fonction Publique du Canada*, le requérant avait demandé, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la communication de la grille de correction ainsi que de l’original d’un examen que lui avait administré un organisme de la fonction publique⁷³. Le requérant soutenait qu’une disposition de la *Loi sur l’accès à l’information*, autorisant les institutions fédérales à protéger la confidentialité de tels examens, ne s’appliquait pas puisque sa demande de communication était fondée sur la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le juge Addy a considéré l’argument irrecevable pour les raisons suivantes:

Toute loi doit être interprétée en tenant compte des autres lois traitant du même sujet ou d’un sujet connexe.

If in the case at bar I gave the words “le support” the construction suggested by the applicant, so as to take in the complete text of the “in basket” test and the correction grid, the intention of the legislature as stated in s. 22 of the **Access to Information Act** would not only be contravened but defeated and this section would become inoperative, since anyone who takes a test or examination would have an absolute right to have it fully communicated to him under the provisions of the **Privacy Act**.⁷⁴

49 More recently, in the case of *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, the Federal Court of Appeal considered whether the term “personal information” in the *Privacy Act* should be interpreted restrictively so as not to impair citizens’ rights under the *Access Act*.⁷⁵ Chief Justice Isaac held as follows:

The *Access Act* and the *Privacy Act* were enacted by Parliament as schedules to *An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof*, (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I and II), and came into force at the same time. Their purposes are not obscure. The purpose of the *Access Act*, stated in subsection 2(1) of that Act, is to afford to the public access to information under the control of the Government of Canada in accordance with the principles expressed in the legislation and subject to the limited and specific exceptions contained therein. Section 19 of that Act, which relates to “personal information”, describes only one of many such “limited and specific exemptions” contained in the Act. Similarly, the purpose of the *Privacy Act* is expressly stated in section 2 thereof in plain and unambiguous language. It is two-fold: to protect the privacy of individuals with respect to “personal information” about themselves held by an institution of the Government of Canada and to provide those individuals with a right of access to that information.

It is obvious that both statutes are to be read together, since section 19 of the *Access Act* does incorporate by reference certain provisions of the *Privacy Act*. Nevertheless, there is nothing in the language of either statute which suggests, let alone compels, the conclusion that the one is subordinate to the other. They are each on the same footing. Neither is pre-eminent. There is no doubt that they are complementary and must be construed harmoniously with each other according to well-known principles of statutory interpretation in order to give effect to the

Si j'accordais en l'occurrence au mot «leur support» l'interprétation préconisée par le requérant de façon à inclure le texte intégral des épreuves «in basket» et de la grille de correction, l'intention du législateur telle qu'exprimée dans l'art. 22 de la **Loi sur l'accès à l'information** serait non seulement infirmée mais annulée et l'article deviendrait inopérant puisque toute personne ayant subi un essai, un examen ou une épreuve jouirait d'un droit absolu d'en obtenir communication intégrale grâce aux dispositions de la **Loi sur la protection des renseignements personnels**.⁷⁴

49 Plus récemment, dans l'affaire *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, la Cour d'appel fédérale s'est demandée si, dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l'expression «renseignements personnels» devait être interprétée restrictivement afin de ne pas nuire aux droits que confère aux citoyens la *Loi sur l'accès à l'information*.⁷⁵ Le juge en chef Isaac a ainsi déclaré:

Le Parlement a édicté la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* comme annexes à la *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois* (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I et II), qui sont entrées en vigueur en même temps. Les objets qu'elles visent ne sont pas obscurs. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* énonce que cette Loi vise à assurer au public l'accès aux documents de l'administration fédérale conformément aux principes exprimés dans la Loi et sous réserve des exceptions précises et limitées qui y sont prévues. L'article 19 de cette Loi, qui concerne les «renseignements personnels», ne décrit que l'une des nombreuses «exceptions précises et limitées» prévues dans la Loi. De la même façon, l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est énoncé en termes clairs à l'article 2 de cette Loi. Cet objet consiste à assurer la protection de la vie privée d'individus en ce qui concerne des «renseignements personnels» relevant des institutions fédérales ainsi qu'à fournir à ces individus un droit d'accès à ces renseignements.

Il est évident que les deux lois doivent être lues ensemble, étant donné que l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* intègre par renvoi certaines dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Néanmoins, aucune disposition de l'une ou l'autre de ces lois ne donne à entendre que l'une est subordonnée à l'autre. Toutes deux ont la même importance et aucune ne doit l'emporter sur l'autre. Il est indéniable qu'elles sont complémentaires et doivent être interprétées de façon harmonieuse, conformément aux principes d'interprétation

stated parliamentary intention and in order to ensure the attainment of the stated parliamentary objectives.⁷⁶

With respect to the view expressed by the Motions Judge that the Access Act should be seen as paramount and that the *Privacy Act* should be given a limited and restrictive scope, Isaac C.J. stated:

This approach is also contrary to the intention of Parliament as expressed by the Minister of Communications when he introduced the legislation for third reading in the House of Commons. This is what he said (*Canada, House of Commons Debates*, vol. XVI, 1st Sess., 32nd Parl., at p. 18853):

Combining access to information and privacy legislation in one bill has permitted the complete integration of these two complimentary types of legislation.

Parallel rights of access to information held by the government and parallel rights of review of decisions to refuse access have been created. . . . Thus the term "personal information" has the same meaning in both the privacy and access to information legislation.

Also the disclosure of information under the access to information portion of the bill is determined by the principles regarding disclosure of personal information to third persons set out in the privacy portion. This approach will ensure complete consistency between the treatment of personal information under both statutes, thus avoiding the situation which has developed in some countries where competing rights to privacy and to access to government-held information have been created.⁷⁷

2. The Exemption

50 The respondent and intervenors claim that requiring disclosure of the notes of CLRB members "could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law in Canada" within the meaning of paragraph 22(1)(b) of the *Privacy Act* because it would interfere with the independence and intellectual freedom of quasi-judicial decision makers acting under the *Canada Labour Code* by revealing their personal decision-making processes and by causing them to alter the manner in which

législative bien reconnus, de façon à donner effet à l'intention déclarée du Parlement et à assurer la réalisation des objectifs qu'il a énoncés⁷⁶.

En ce qui concerne l'opinion qu'a exprimée le juge des requêtes, selon qui la *Loi sur l'accès à l'information* doit primer, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* se voyant reconnaître un champ plus étroit et plus limité, le chef en chef Isaac a déclaré:

Ce raisonnement va également à l'encontre de l'intention du Parlement que le ministre des Communications a exprimée lorsqu'il a déposé le projet de loi en troisième lecture à la Chambre des communes. Voici ce qu'il a dit (*Canada, Débats de la Chambre des communes*, vol. XVI, 1^{re} sess., 32^e lég., à la p. 18853):

En combinant les dispositions relatives à l'accès à l'information et la mesure sur la protection des renseignements personnels dans un seul bill, nous avons pu intégrer entièrement ces deux mesures complémentaires.

On a créé des droits parallèles pour l'accès aux renseignements détenus par le gouvernement et l'examen des décisions visant à refuser l'accès à l'information. . . . Par conséquent, l'expression «renseignements personnels» signifie la même chose dans la loi sur la protection des renseignements personnels et dans la loi sur l'accès à l'information.

D'autre part, la partie du projet de loi concernant l'accès à l'information prévoit la divulgation de certains renseignements suivant les principes établis dans la partie concernant la protection des renseignements personnels. Cela permettra d'adopter une politique uniforme à l'égard des renseignements personnels, ce qui nous évitera de faire comme dans certains pays où il y a contradiction entre le droit à la protection des renseignements personnels et le droit d'accès à l'information gouvernementale⁷⁷.

2. L'exemption

Pour les intimés et les intervenants, la communication des notes des membres du CCRT «risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales» au sens de l'alinéa 22(1)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, en portant atteinte à l'indépendance et à la liberté intellectuelle de décideurs quasi-judiciaires exerçant leurs fonctions dans le cadre du *Code canadien du travail*, en divulguant leur démarche intellectuelle personnelle et en les portant à

they arrive at decisions.

a) The burden of proof under paragraph 22(1)(b) of the Act

51 Paragraph 22(1)(b) of the Act provides that:

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

...

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation;

The wording and structure of this exemption closely resemble that of an exemption in the Access Act regarding third party information which was considered by the Federal Court of Appeal in *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*.⁷⁸ Paragraphs 20(1)(c) and (d) of the Access Act provide as follows:

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

Writing for the Court, MacGuigan J.A. held that, taking into account the principle described in section 2 of the Access Act that the statute should be inter-

modifier la manière dont ils parviennent à leurs décisions.

a) La charge de la preuve aux termes de l'alinéa 22(1)b) de la Loi

L'alinéa 22(1)b) de la Loi dispose que:

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1):

...

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête; . . .

Par son libellé et sa teneur, cette exemption ressemble de près à l'exemption prévue dans la *Loi sur l'accès à l'information pour les renseignements* touchant un tiers, exemption sur laquelle la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion de se pencher dans l'affaire *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*.⁷⁸ Les alinéas 20(1)c) et d) de la *Loi sur l'accès à l'information* disposent que:

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

...

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrat ou à d'autres fins.

Se prononçant au nom de la Cour d'appel, le juge MacGuigan a estimé que, compte tenu du principe énoncé à l'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'infor-*

51

preted in light of the principle that exceptions to the public's right of access to government information should be "limited and specific", paragraphs 20(1)(c) and (d) should be interpreted as requiring the party relying on the exemption to establish the existence of a "reasonable expectation of probable harm" from disclosure.⁷⁹ In the case at bar, the onus is therefore on the respondent to establish that the disclosure of the notes could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of the *Canada Labour Code*.

mation, selon lequel cette Loi doit être interprétée selon le principe que les exceptions au droit du public à la communication de documents de l'administration fédérale doivent être «*précises et limitées*», les alinéas 20(1)c) et d) doivent s'interpréter comme imposant, à la partie invoquant l'exception, l'obligation de démontrer que la divulgation des documents pose un «*risque vraisemblable de préjudice probable*»⁷⁹. C'est donc ici à l'intimé de démontrer que la communication des notes risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter le *Code canadien du travail*.

52 In *Kaiser v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, Rothstein J. ordered that information under the control of the Minister of National Revenue be disclosed, as the Minister had not satisfied the onus under paragraph 22(1)(b) of the Act of demonstrating that the confidentiality he sought was necessary because disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1].⁸⁰ Discussing this evidentiary burden, Rothstein J. stated:

Dans l'affaire *Kaiser c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, le juge Rothstein a ordonné la divulgation de renseignements relevant du ministre du Revenu national, celui-ci n'ayant pas, comme il était tenu de le faire en vertu de l'alinéa 22(1)b) de la Loi, démontré la nécessité de la confidentialité qu'il invoquait en soutenant que la divulgation des renseignements en question risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1]⁸⁰. Examinant la question du fardeau de la preuve, le juge Rothstein a estimé que:

The Court must be given an explanation of how or why the harm alleged might reasonably be expected to result from disclosure of the specific information. This is not a case where harm from disclosure is self-evident. I have been asked to infer that harm will result if disclosure is allowed. In order to make such an inference, explanations provided by the Minister must clearly demonstrate a linkage between disclosure and the harm alleged so as to justify confidentiality.⁸¹

Il doit expliquer à la Cour les raisons pour lesquelles la divulgation de l'information visée risquerait vraisemblablement d'entraîner le préjudice supposé. Il ne s'agit pas d'un cas où le préjudice voulant résulter d'une divulgation va de soi. L'intimé m'a demandé de présumer qu'un préjudice résultera de la divulgation si telle divulgation a lieu. Pour qu'une telle présomption soit possible, les explications fournies par l'intimée doivent montrer sans équivoque l'existence d'un lien entre la divulgation et le préjudice supposé, au point de justifier le maintien du caractère confidentiel des renseignements⁸¹.

The respondent in the case at bar must therefore provide the Court with an explanation of how or why the harm alleged, i.e. injury to the enforcement of the *Canada Labour Code*, might reasonably be expected to result from disclosure of the notes.

L'intimé doit donc, en l'espèce, expliquer à la Cour en quoi la divulgation des notes risquerait vraisemblablement d'entraîner une entrave aux mesures destinées à faire respecter le *Code canadien du travail*.

b) The Commissioner's position

b) La position du Commissaire

53 As a preliminary matter, I note that the Commissioner has taken the position throughout these pro-

Tout d'abord, il convient de noter que, depuis le début de l'instance, le Commissaire a défendu la 53

ceedings that although the notes stand to reveal the decision-making process of the CLRB members, their disclosure would not be injurious to the enforcement of the *Canada Labour Code*. The following extracts from correspondence by the Commissioner to the Chairman of the CLRB are illustrative of this position:

I can think of nothing which more appropriately advances the notion of a fair hearing in accordance with principles of fundamental justice than the right to know the information upon which a decision affecting one's rights and obligations is made. I am unable to find anything in the *Privacy Act* to the contrary, or which supports your view that the Act should not apply.

Nor, although you do not mention this specifically in your letter, can I imagine that making these notes available to the individual would hamper the Board's proceedings. To my mind, it could enhance the persuasiveness of the Board's decision making process and thereby encourage early settlement of the issues.⁸²

and;

I can find no provision which excludes or exempts either expressly or by implication this information or the CLRB or its members from the normal operation of the Act. Nor, as I have said in earlier correspondence, can I accept that knowing the information upon which a decision affecting one's rights and obligations is made will detract from the notion of fundamental fairness. Rather, I believe it will enhance it.⁸³

The Commissioner maintained this position in his written submissions:

No evidence exists to demonstrate that a board member would be impaired in the performance of his or her duties if personal information in his or her notes were dealt with in accordance with the *Privacy Act*. It would not do justice to the board members competence to infer that access to their notes would undermine their ability to perform their duties in a professional manner.⁸⁴

and;

thèse selon laquelle, bien que la divulgation des notes risque effectivement de dévoiler la démarche intellectuelle suivie par les membres du CCRT pour aboutir à leurs décisions, elle n'aurait pas pour effet de nuire aux activités destinées à faire respecter le *Code canadien du travail*. Les extraits suivants du courrier que le Commissaire a transmis au président du CCRT illustrent bien cette position:

[TRADUCTION] D'après moi, rien ne contribue mieux au concept d'audition équitable, conforme aux principes de justice fondamentale, que le droit de prendre connaissance des renseignements qui ont fondé une décision affectant les droits et obligations de l'intéressé. Je ne trouve, dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, rien qui aille à l'encontre de cela, ou qui étaye votre opinion que la Loi ne devrait pas s'appliquer.

Je ne vois pas non plus, bien que vous n'évoquiez pas précisément la question dans votre lettre, comment le fait de transmettre ces notes à l'intéressé entraverait les délibérations du Conseil. J'estime, pour ma part, que la divulgation pourrait même accroître la considération qui s'attache au processus décisionnel du Conseil et par là même favoriser le règlement rapide des contentieux⁸².

et

[TRADUCTION] Je ne relève l'existence d'aucune disposition qui exclue ou exempte, explicitement ou implicitement, les renseignements en question, le CCRT lui-même, ou les membres de celui-ci, d'une application normale de la Loi. Je ne concède pas non plus, comme j'ai pu vous le dire dans un courrier précédent, que le fait de connaître les renseignements au vu desquels a été prise une décision affectant les droits et les obligations de l'intéressé, nuirait à l'équité fondamentale. Au contraire, j'estime que cela ne pourrait que contribuer à son développement⁸³.

Dans sa plaidoirie écrite, le Commissaire a maintenu cette position:

[TRADUCTION] Je ne relève au dossier aucun élément qui démontre qu'un membre du Conseil se verrait effectivement entravé dans l'exercice de ses fonctions si les renseignements personnels contenus dans ses notes étaient soumis à la procédure prévue par la Loi sur la protection des renseignements personnels. Ce n'est pas faire honneur aux membres du Conseil que de laisser entendre que la communication de leurs notes les gênerait dans l'exécution correcte de leurs fonctions⁸⁴.

et

It is submitted that the ability of Board members to act in an independent and impartial manner is for the public order and to benefit individuals, not for the comfort of the Board members. It is to promote confidence in the administration of justice. There is no evidence to suggest the access of Gilles Charlebois to his personal information will negatively affect the public order. To the contrary, the Board members remain impartial and independent, whether or not an individual has access to his/her personal information.⁸⁵

and;

Contrary to the assertion of the respondent and the intervenors that the disclosure of Board member notes would cause injury, it is submitted that the disclosure of board members notes could promote administration of justice by encouraging Board members to respect the taking of notes which, as stated by Mr. Chodos, is "an essential part of [the] decision making process."⁸⁶

54 At the close of the hearing, counsel for the Commissioner raised the further argument that in this case, disclosure of the notes would not reveal the decision-making process of the CLRB members. The applicant had alluded to this argument in its written submissions:

In any event a review of the notes in question indicates that providing the complainant with access to them would not substantiate the injury claimed. No evidence exists to suggest an injury.⁸⁷

and;

Further, there is no evidence that the application of the Act raises an appearance of interference with the decision-making process. It cannot be presumed that the disclosure of personal information contained in Board member's notes would reveal the thought process of an adjudicator. The position that the personal information in notes would not, as a rule, reveal anything about the mind of the decision maker is supported by the affidavit evidence of Mr. Chodos where he states:

"These notes are handwritten during the course of the hearing and by no means do they constitute a verbatim transcript of what occurred. They are cryptic, incomplete and often illegible to anyone but me . . . Accordingly, these notes could be a misleading account of the proceedings and it would be virtually impossible to

[TRADUCTION] Nous estimons que la faculté, pour les membres du Conseil, d'agir avec indépendance et impartialité, est d'intérêt public et qu'elle est conçue dans l'intérêt des individus et non pour la commodité des membres du Conseil. Il s'agit de donner confiance en l'administration de la justice. Rien ne permet d'affirmer que le fait de communiquer à Gilles Charlebois des renseignements personnels le concernant nuirait à l'ordre public. Au contraire, les membres du Conseil demeurent impartiaux et indépendants, qu'un individu puisse ou non avoir accès aux renseignements personnels le concernant⁸⁵.

et

[TRADUCTION] Contrairement à la thèse de l'intimé et des intervenants, selon qui la divulgation des notes des membres du Conseil serait source de préjudice, nous estimons que la divulgation des notes des membres du Conseil favoriserait l'administration de la justice en encourageant les membres du Conseil à respecter cette partie de leur activité qui consiste à prendre des notes et qui, comme l'a dit M. Chodos, constitue «une partie essentielle du processus décisionnel»⁸⁶.

À la fin de l'audience, l'avocat du Commissaire a en outre fait valoir qu'en l'occurrence la divulgation des notes ne dévoilerait pas la démarche intellectuelle au moyen de laquelle les membres du CCRT parviennent à leurs décisions. Le requérant avait fait allusion à cet argument dans sa plaidoirie écrite:

[TRADUCTION] En tout état de cause, l'examen des notes en question permet d'affirmer que le simple fait d'y donner accès au plaignant n'entraînerait pas, comme il est allégué, un préjudice. Rien ne me porte à conclure qu'il y aurait effectivement préjudice⁸⁷.

et

[TRADUCTION] Rien ne démontre non plus qu'en l'occurrence l'application des dispositions de la Loi porterait à y voir une ingérence dans le processus de décision. On ne saurait tenir pour acquis que la divulgation des renseignements personnels figurant dans les notes des membres du Conseil dévoilerait la démarche intellectuelle d'un membre du tribunal. L'argument voulant qu'en règle générale les renseignements personnels consignés dans les notes ne révèlent rien de l'esprit du décideur est renforcé par cette déclaration de M. Chodos, consignée dans son affidavit:

«Il s'agit de notes manuscrites prises au cours des audiences. Ce n'est pas du tout un compte rendu sténographique des débats. Elles sont consignées dans un style télégraphique, elliptique, et sont, souvent, illisibles pour autrui . . . C'est dire que ces notes pourraient donner une impression trompeuse de ce qui s'est passé et, en

understand them without an explanation from me.”⁸⁸

l’absence d’une explication de ma part, elles seraient quasi incompréhensibles»⁸⁸.

55 I must state at the outset that I disagree with the Commissioner’s contention that this application could be disposed of on the basis that the notes do not in fact reveal the decision-making process of the CLRB members. Firstly, as evidenced by the correspondence and written submissions canvassed above, the Commissioner has initiated and pursued this matter on the basis that the independence and impartiality of the members of the CLRB would, as a matter of principle, be unaffected by the disclosure of the notes. The Commissioner has argued that the disclosure of the thinking process of the members of the CLRB, far from being injurious, would reveal “the information upon which a decision affecting one’s rights and obligations is made,” could “enhance the persuasiveness of the Board’s decision-making process” and could “promote the administration of justice by encouraging Board members to respect the taking of notes . . . an essential part of the decision-making process.” I have great difficulty with the Commissioner’s position that on the one hand the disclosure would reveal the information upon which a decision is made but that on the other hand there is no evidence establishing that the members’ thought processes would be revealed. In making this last assertion, the applicant is in effect seeking to change the basis upon which the matter has so far proceeded as between itself and the respondent.

Je précise d’emblée que je n’accepte pas l’argument du Commissaire, selon qui la présente demande pourrait être tranchée en concluant simplement que les notes n’auraient pas pour effet de révéler le processus par lequel les membres du CCRT parviennent à leurs décisions. D’abord, comme le montrent la correspondance et les plaidoiries écrites citées plus haut, le Commissaire prétend d’une manière générale, que l’indépendance et l’impartialité des membres du CCRT ne seraient en rien affectées par la divulgation des notes. Il fait valoir que le dévoilement de la démarche intellectuelle suivie par les membres du CCRT, loin d’être nuisible, permettrait aussi de dévoiler les «renseignements qui ont fondé une décision affectant les droits et obligations de l’intéressé.» et que cela pourrait même «accroître la considération qui s’attache au processus décisionnel du Conseil» et «favoriserait l’administration de la justice en encourageant les membres du Conseil à respecter cette partie de leur activité qui consiste à prendre des notes. . . partie essentielle du processus décisionnel.» Il m’est difficile d’admettre la thèse du Commissaire, qui maintient, d’une part, que la divulgation donnerait accès aux renseignements qui ont servi de fondement à la décision, rejetant l’idée, d’autre part, que cela aurait en même temps pour effet de dévoiler la démarche intellectuelle des membres du Conseil. En soutenant cela, le requérant tente en fait de réorienter le débat qui l’oppose jusqu’ici à l’intimé.

56 Secondly, I note that in the normal course of the Commissioner’s investigation into Mr. Charlebois’ complaint, the Commissioner would not have been given access to the notes of the CLRB members. In this instance, one of the Commissioner’s officers was permitted to examine the notes on a without prejudice basis. In my view, it is improper for the Commissioner to now rely on the results of this review and claim that “in any event a review of the notes in question indicates that providing the complainant with access to them would not substantiate the injury claimed.”

Je relève, en second lieu, que, normalement, dans le cadre de son enquête sur la plainte de Charlebois, le Commissaire n’aurait pas eu accès aux notes des membres du CCRT. En l’occurrence, une des collaboratrices du Commissaire a pu examiner les notes, étant bien entendu que cela se ferait sans préjudice. J’estime que le Commissaire est maintenant malvenu à invoquer les résultats de cet examen en prétendant que, «en tout état de cause, l’examen des notes en question a démontré, que le simple fait d’y donner accès ne serait pas, comme il est allégué, source de préjudice.»

55

56

57 Finally, even taking into consideration the privacy officer's review of the notes, I come to the conclusion that the evidence establishes that the thought processes of the CLRB members would be revealed were the notes disclosed. In her memorandum to file dated November 29, 1994, Privacy Officer Joyce McLean stated that the notes of Thomas Eberlee, the CLRB panel Chairman, appeared to be a running commentary of the hearing "with occasional comments by [Mr.] Eberlee clearly identified as such in [the] margin or in brackets." The notes of panel member Mary Rozenberg were also a running commentary of the hearing, with Ms. Rozenberg's comments identified in different colours or on a post-it note.⁸⁹ In his affidavit dated October 17, 1995, Philip Chodos, a deputy chairperson with the PSSRB, deposed that:

2. The PSSRB is an administrative tribunal with quasi-judicial responsibilities whose primary mandate is the resolution of labour disputes in the federal Public Service. The proceedings of the PSSRB are adversarial in nature and its decisions are based on the evidence adduced by the parties in public hearings.

3. As a Deputy Chairperson of the PSSRB for the past seven years I have conducted many hearings and rendered numerous decisions in proceedings brought under the *Public Service Staff Relations Act*, the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act* and the *Canada Labour Code*, Part II insofar as it applies to the federal Public Service.

4. In conducting these hearings, I make notes of the evidence adduced and the submissions made by the parties to aid me in reaching my decision and, ultimately, in drafting it.

5. These notes are handwritten during the course of the hearings and by no means do they constitute a verbatim transcript of what occurred. They are cryptic, incomplete and often illegible to anyone but me. I use many abbreviations which would be difficult for anyone else to decipher. If I am familiar with an argument being made and the jurisprudence being cited, I may not refer to them

Et enfin, même si l'on tient compte de l'examen des notes auquel a pu procéder l'agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l'accès à l'information, la preuve démontre bien, d'après moi, que la divulgation des notes révélerait effectivement la démarche intellectuelle des membres du CCRT. Dans son mémoire en date du 29 novembre 1994, l'agent chargé de la protection des renseignements personnels et de l'accès à l'information, Joyce McLean, explique que les notes de Thomas Eberlee, président de la formation de jugement qui a rendu la décision au nom du CCRT, semblaient former un compte rendu de l'audience [TRADUCTION] «avec, à l'occasion, des observations d'Eberlee, clairement signalées en tant que telles dans la marge ou entre parenthèses.» Les notes de Mary Rozenberg, membre de la même formation, consistaient également d'un compte rendu de l'audience, Rozenberg signalant ses propres observations par l'utilisation d'encre de différentes couleurs ou en les notant sur un post-it⁸⁹. Dans son affidavit en date du 17 octobre 1995, Philip Chodos, président adjoint de la CRTFP, a déclaré que:

[TRADUCTION] 2. La CRTFP est un tribunal administratif exerçant des responsabilités quasi-judiciaires et dont la mission principale est de résoudre des conflits du travail dans la fonction publique fédérale. La procédure devant la CRTFP est contradictoire et les décisions se fondent sur les preuves produites par les parties lors des audiences publiques.

3. En tant que président adjoint de la CRTFP ces sept dernières années, j'ai présidé à de nombreuses audiences et rendu de nombreuses décisions dans le cadre d'affaires fondées sur la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, la *Loi sur les relations de travail*, la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, et du *Code canadien du travail*, partie II, dans la mesure où ce texte s'applique à la fonction publique fédérale.

4. Présidant ces audiences, j'ai pris note des preuves et des arguments avancés par les parties pour m'aider moi-même à parvenir à une décision et pour m'aider, après cela, à la mettre sous forme écrite.

5. Il s'agit de notes manuscrites prises au cours des audiences. Ce n'est pas du tout un compte rendu sténographique des débats. Elles sont consignées dans un style télégraphique, elliptique et sont, souvent, illisibles pour autrui. J'utilise de nombreuses abréviations que toute autre personne aurait du mal à déchiffrer. Si les arguments avancés ou la jurisprudence citée me sont déjà connus, il

in my notes. Sometimes I also make comments in my notes regarding the credibility of certain witnesses or the relevance and cogency of certain submissions or arguments. Often these matters are resolved during the course of the hearing although this would not necessarily be apparent from a perusal of my notes. Accordingly, these notes could be a misleading account of the proceedings and it would be virtually impossible to understand them without an explanation from me.

6. Following the conclusion of a hearing, I use the notes which I made as an aide-memoire to assist me in drafting my decision; indeed, I consider them to be an essential part of my decision-making process. I also make notes in the course of preparing my decision, including outlines, analysis and draft decisions which include information with respect to the parties appearing before me. [My underlining.]⁹⁰

In so far as the comments in a Board member's notes respecting the credibility of witnesses or the cogency of evidence presented by the parties at a hearing reflect the personal reactions of the member to the evidence and submissions of the parties, and in so far as these notes are said to be an essential part of the Board member's decision-making process, I am satisfied on the basis of the record before me that the notes in issue do reveal some of the thought processes and the decision-making processes of the members of the CLRB.⁹¹

c) The nature of the CLRB and the powers and duties of its members

58 In order to determine whether or not disclosure of CLRB members' notes would "interfere with their independence and intellectual freedom," it is essential to understand the nature of the Canada Labour Relations Board and the powers and duties of its members.

59 The composition and operation of the CLRB is defined in Division II of Part I of the Code. The CLRB is composed of a Chairman, Vice-Chairmen, full-time members and part-time members.⁹² Full-time and part-time members are appointed by the Governor in Council to hold office during good

est possible que je n'y fasse même pas allusion dans mes notes. Parfois, dans mes notes, je fais également des observations touchant la crédibilité de certains témoins, la pertinence ou la force de certains arguments ou de certaines thèses. Souvent, ces questions seront résolues au cours de l'audience, bien que cela ne paraisse pas nécessairement au vu de mes notes. C'est dire que ces notes pourraient donner une impression trompeuse de ce qui s'est passé et, en l'absence d'une explication de ma part, seraient quasi incompréhensibles.

6. L'audience terminée, j'utilise les notes que j'ai prises comme aide-mémoire pour la rédaction de ma décision; je considère les notes comme une partie essentielle de la démarche qui me permet d'aboutir à une décision. Je prends également des notes pendant que je prépare ma décision, ces notes comprenant des schémas, des analyses et des projets de décision, tout cela renfermant des renseignements sur les parties comparaisant devant moi. [Non souligné dans l'original]⁹⁰.

Dans la mesure où les observations que les membres du Conseil font, dans leurs notes, au sujet de la crédibilité d'un témoin ou de la force des arguments avancés à l'audience, sont le reflet de réactions personnelles aux preuves et aux arguments présentés par les parties, et dans la mesure où ces notes sont considérées comme une partie essentielle du processus décisionnel des membres du Conseil, j'estime, après avoir examiné des éléments qui m'ont été présentés, que les notes en question dévoilent effectivement une partie de la démarche intellectuelle et du processus décisionnel des membres du CCRT⁹¹.

c) La nature du CCRT et les pouvoirs et fonctions de ses membres

Pour dire si la divulgation des notes des membres du CCRT aurait ou non pour effet d'«entraver leur indépendance et leur liberté intellectuelle», il est indispensable de comprendre la nature du Conseil canadien des relations du travail ainsi que des pouvoirs et fonctions de ses membres. 58

La composition et le fonctionnement du CCRT sont définis à la partie I, section II du Code. Le CCRT comprend un président, un vice-président, des membres à plein temps et des membres à temps partiel⁹². Les membres à plein temps et à temps partiel sont nommés par le gouverneur en conseil, à 59

behaviour for terms not exceeding five and three years respectively, while the Chairman and Vice-Chairmen are appointed for terms not exceeding ten years.⁹³ Section 15 of the Code provides that the CLRB may make regulations of general application respecting, among other things:

15. . . .

(a) the establishment of rules of procedure for its hearings;

(b) the determination of units appropriate for collective bargaining;

(c) the certification of trade unions as bargaining agents for bargaining units;

(d) the conduct of representation votes;

. . .

(g) the hearing or determination of any application, complaint, question, dispute or difference that may be made or referred to the Board;

. . .

(k) the form in which and the period during which evidence and information may be presented to the Board in connection with any proceeding that may come before it;

. . .

(p) the authority of any person to act on behalf of the Board and the matters and things to be done and the action to be taken by that person; and

(q) such other matters and things as may be incidental or conducive to the proper performance of the duties of the Board under this Part.⁹⁴

Section 16 describes the various powers of the CLRB. It provides as follows:

16. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(a) to summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Board deems requisite to the full investigation and consideration of any matter within its jurisdiction that is before the Board in the proceeding;

(b) to administer oaths and solemn affirmations;

(c) to receive and accept such evidence and information on oath, affidavit or otherwise as the Board in its dis-

titre inamovible, pour des mandats ne devant pas dépasser cinq ans et trois ans respectivement, le président et le vice-président étant nommés pour des mandats ne dépassant pas 10 ans⁹³. Selon l'article 15 du Code, le CCRT peut prendre des règlements d'application générale concernant:

15. . . .

a) l'établissement de règles de procédure pour ses audiences;

b) la détermination des unités habiles à négocier collectivement;

c) l'accréditation des syndicats à titre d'agents négociateurs d'unités de négociation;

d) la tenue de scrutins de représentation;

. . .

g) l'audition ou le règlement des demandes, plaintes, questions, différends ou désaccords dont il peut être saisi;

. . .

k) les modalités et délais de présentation des éléments de preuve et renseignements qui peuvent lui être fournis dans le cadre des procédures engagées devant lui;

. . .

p) la délégation de ses fonctions et les pouvoirs et obligations des délégataires;

q) toute mesure utile ou connexe à l'exécution de la mission qui lui est confiée par la présente partie⁹⁴.

Les divers pouvoirs du CCRT sont décrits à l'article 16 qui dispose que:

16. Le Conseil peut, dans le cadre de toute affaire dont il connaît:

a) convoquer des témoins et les contraindre à comparaître et à déposer sous serment, oralement ou par écrit, ainsi qu'à produire les documents et pièces qu'il estime nécessaires pour mener à bien ses enquêtes et examens sur les questions de sa compétence;

b) faire prêter serment et recevoir des affirmations solennelles;

c) accepter sous serment, par voie d'affidavit ou sous une autre forme, tous témoignages et renseignements

cretion sees fit, whether admissible in a court of law or not;

(d) to examine, in accordance with any regulations of the Board, such evidence as is submitted to it respecting the membership of any employees in a trade union seeking certification;

(e) to examine documents forming or relating to the constitution or articles of association of

(i) a trade union or council of trade unions that is seeking certification, or

(ii) any trade union forming part of a council of trade unions that is seeking certification;

(f) to make such examination of records and such inquiries as it deems necessary;

(g) to require an employer to post and keep posted in appropriate places any notice that the Board considers necessary to bring to the attention of any employees any matter relating to the proceeding;

(h) subject to such limitations as the Governor in Council may, in the interests of defence or security, prescribe by regulation, to enter any premises of an employer where work is being or has been done by employees and to inspect and view any work, material, machinery, appliances or articles therein and interrogate any person respecting any matter that is before the Board in the proceeding;

(i) to order, at any time before the proceeding has been finally disposed of by the Board, that

(i) a representation vote or an additional representation vote be taken among employees affected by the proceeding in any case where the Board considers that the taking of such a vote would assist the Board to decide any question that has arisen or is likely to arise in the proceeding, whether or not such a representation vote is provided for elsewhere in this Part, and

(ii) the ballots cast in any representation vote ordered by the Board pursuant to subparagraph (i) or any other provision of this Part be sealed in ballot boxes and not counted except as directed by the Board;

(j) to enter on the premises of an employer for the purpose of conducting representation votes during working hours;

(k) to authorize any person to do anything that the Board may do under paragraphs (b) to (h) or paragraph (j) and to report to the Board thereon;

qu'à son appréciation, il juge indiqués, qu'ils soient admissibles ou non en justice;

d) en conformité avec ses règlements, examiner les éléments de preuve qui lui sont présentés sur l'adhésion des employés au syndicat sollicitant l'accréditation;

e) examiner les documents constitutifs ou les statuts ainsi que tout document connexe:

(i) du syndicat ou du regroupement de syndicats sollicitant l'accréditation,

(ii) de tout syndicat membre du regroupement sollicitant l'accréditation;

f) procéder, s'il le juge nécessaire, à l'examen de dossiers ou registres et à la tenue d'enquêtes;

g) obliger un employeur à afficher, en permanence et aux endroits appropriés, les avis qu'il estime nécessaire de porter à l'attention d'employés sur toute question dont il est saisi;

h) sous réserve des restrictions que le gouverneur en conseil peut imposer par règlement en matière de défense ou de sécurité, pénétrer dans des locaux ou terrains de l'employeur où des employés exécutent ou ont exécuté un travail, procéder à l'examen de tout ouvrage, outillage, appareil ou objet s'y trouvant ou travail s'y effectuant, et interroger toute personne sur toute question dont il est saisi;

i) ordonner à tout moment, avant d'y apporter une conclusion définitive:

(i) que soit tenu un scrutin de représentation, ou un scrutin de représentation supplémentaire, au sein des employés concernés par la procédure s'il estime qu'une telle mesure l'aiderait à trancher un point soulevé, ou susceptible de l'être, qu'un tel scrutin de représentation soit ou non prévu pour le cas dans la présente partie,

(ii) que les bulletins de vote déposés au cours d'un scrutin de représentation tenu aux termes du sous-alinéa (i) ou d'une autre disposition de la présente partie soient conservés dans des urnes scellées et ne soient dépouillés que sur son ordre;

j) pénétrer dans les locaux ou terrains d'un employeur pour y tenir des scrutins de représentation pendant les heures de travail;

k) déléguer à quiconque les pouvoirs qu'il détient aux termes des alinéas b) à h) ou j) en exigeant, s'il y a lieu, un rapport de la part du délégué;

(l) to adjourn or postpone the proceeding from time to time;

(m) to abridge or enlarge the time for instituting the proceeding or for doing any act, filing any document or presenting any evidence in connection with the proceeding;

(n) to amend or permit the amendment of any document filed in connection with the proceeding;

(o) to add a party to the proceeding at any stage of the proceeding; and

(p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(i) a person is an employer or an employee,

(ii) a person performs management functions or is employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations,

(iii) a person is a member of a trade union,

(iv) an organization or association is an employers' organization, a trade union or a council of trade unions,

(v) a group of employees is a unit appropriate for collective bargaining,

(vi) a collective agreement has been entered into,

(vii) any person or organization is a party to or bound by a collective agreement, and

(viii) a collective agreement is in operation.

In addition to those powers enumerated in section 16 of the Code, the CLRB has pursuant to section 18 the power to:

18. . . . review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application.

The decisions and orders of the CLRB are protected by a privative clause, which provides as follows:

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

l) suspendre ou remettre la procédure à tout moment;

m) abrégier ou proroger les délais applicables à l'introduction de la procédure, à l'accomplissement d'un acte, au dépôt d'un document ou à la présentation d'éléments de preuve;

n) modifier tout document produit ou en permettre la modification;

o) mettre une autre partie en cause à toute étape;

p) trancher, dans le cadre de la présente partie, toute question qui peut se poser à l'occasion de la procédure, et notamment déterminer:

(i) si une personne est un employeur ou un employé,

(ii) si une personne occupe un poste de direction ou un poste de confiance comportant l'accès à des renseignements confidentiels en matière de relations de travail,

(iii) si une personne adhère à un syndicat,

(iv) si une organisation est une organisation patronale, un syndicat ou un regroupement de syndicats,

(v) si un groupe d'employés constitue une unité habile à négocier collectivement,

(vi) si une convention collective a été conclue,

(vii) si une personne ou une organisation est partie à une convention collective ou est liée par celle-ci,

(viii) si une convention collective est en vigueur.

En plus des pouvoirs énumérés à l'article 16 du Code, le CCRT a, en vertu de l'article 18, le pouvoir de:

18. . . . réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réintroduire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

Les décisions et ordonnances du CCRT sont protégées par une clause privative ainsi libellée:

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

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

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

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.⁹⁵

Section 22 restricts the grounds upon which a decision of the CLRB may be reviewed by a court. Indeed, section 22 excludes as grounds of review those grounds specified in paragraphs 18.1(4)(c) and (d) of the *Federal Court Act*, namely review for erroneous findings of fact and for errors of law. The members of the CLRB are thus the ultimate triers of fact in matters that come before them under the Code, and their determinations on questions of law falling within the jurisdiction conferred upon them by the Code are final.

60 It is in this statutory context that a three-member panel of the CLRB heard and determined the complaint made by Mr. Charlebois under section 97 in respect of an alleged contravention of section 37 of the Code.⁹⁶ The nature of the Canada Labour Relations Board and the powers and duties of its members in hearing and determining a complaint brought under section 97 of the Code were canvassed by the Supreme Court of Canada in its recent decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*.⁹⁷ In the *CBC* decision, the Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists filed a complaint with the CLRB alleging that the CBC had interfered with the activities of a trade union contrary to paragraph 94(1)(a) of the Code when it had forced a journalist to choose between his job as host of a radio program and his role as union president. The majority of the CLRB concluded that the CBC had engaged

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

- a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;
- b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.⁹⁵

L'article 22 restreint les motifs qui permettent aux tribunaux judiciaires de contrôler les décisions du CCRT. L'article 22 exclut même des motifs possibles de contrôle judiciaire, ceux que prévoient les alinéas 18.1(4)c) et d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, c'est-à-dire l'erreur de droit et la conclusion de fait erronée. Les membres du CCRT sont donc, en dernier ressort, juges des faits dans les affaires dont ils sont saisis en vertu du Code, et les décisions qu'ils rendent sur les questions de droit relevant de la compétence que leur confère le Code, sont définitives.

C'est dans ce contexte législatif que la formation de trois membres du CCRT a entendu et tranché la plainte déposée par Charlebois en vertu de l'article 97, le plaignant invoquant une violation de l'article 37 du Code⁹⁶. Dans son récent arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*⁹⁷, la Cour suprême a eu à se pencher sur la nature du Conseil canadien des relations du travail et sur les pouvoirs et obligations de ses membres en matière de plaintes fondées sur l'article 97 du Code. Dans l'affaire *Société Radio-Canada*, l'Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists avait déposé une plainte auprès du CCRT, affirmant que la SRC s'était immiscée dans les activités d'un syndicat, contrairement à l'alinéa 94(1)a) du Code, en obligeant un journaliste à choisir entre son poste d'animateur d'un programme de radio et son rôle de président d'un syndicat. Le CCRT avait conclu, à la majorité, que la SRC avait enfreint les règles qui

in an unfair labour practice. One of the issues to be decided on appeal to the Supreme Court was the proper standard of judicial review to be applied in challenging this conclusion.

61 A majority of the Court held that the CLRB's determination of the existence of an unfair labour practice was a question of law within the Board's jurisdiction and that the proper standard of review was one of patent unreasonableness. The Court therefore rejected the CBC's argument that the determination by the CLRB that there had been interference by the CBC with the administration of a trade union was a "jurisdictional" question. In so holding, the Supreme Court applied a pragmatic and functional approach, examining among other things the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence and the area of expertise of its members.⁹⁸ In reasons adopted by the majority of the members of the Court, Iacobucci J. stated:

The labour relations tribunal, in its federal and provincial manifestations, is a classic example of an administrative body which is both highly specialized and highly insulated from review. Decisions of the federal Board are protected by a broad privative clause, found in s. 22 of the Code. The Canada Labour Relations Board must develop a coherent and workable structure for the application of the numerous statutory provisions which govern the labour relations of the employers and employees whose operations fall within federal jurisdiction. In order for these workers and their employers to receive rapid resolution of their disputes in a manner which can be rationalized with their other rights and duties under the *Canada Labour Code*, the decisions of the Board cannot routinely be overturned by the courts whenever they disagree with the Board's treatment of an isolated issue. Thus the applicable standard of judicial review is one of patent unreasonableness so long as the Board has not committed a jurisdictional error.⁹⁹

Iacobucci J. held that the CLRB's determination that the actions of the CBC amounted to *prima facie* interference with the activities of the union was not jurisdictional in nature. His Lordship found support for this conclusion in the broad powers granted to the CLRB under the Code:

régissent les relations de travail. La Cour suprême s'est notamment prononcée sur la question de savoir quel était, pour contester la conclusion du Conseil, le critère applicable en matière de contrôle judiciaire.

61 La Cour a décidé, à la majorité, qu'en concluant à une violation des règles régissant les relations de travail, le Conseil s'était prononcé sur une question de droit relevant de ses attributions et que, en matière de contrôle judiciaire, le critère d'intervention serait celui du caractère manifestement déraisonnable de la décision. La Cour a ainsi écarté l'argument de la SRC, selon lequel en décidant que la SRC s'était immiscée dans l'administration d'un syndicat, le CCRT s'était prononcé sur une question de «compétence». Ce faisant, la Cour suprême a adopté une approche pragmatique et fonctionnelle, retenant notamment l'objet de la loi portant création de ce tribunal administratif, sa raison d'être et le domaine de connaissance propres à ses membres⁹⁸. Dans des motifs auxquels a souscrit une majorité des membres de la Cour, le juge Iacobucci estime que:

Le tribunal des relations du travail, qu'on trouve aux niveaux fédéral et provincial, est un exemple classique d'organisme administratif qui est à la fois hautement spécialisé et, dans une très grande mesure, à l'abri de tout contrôle. Les décisions de l'organisme fédéral jouissent de la protection de la clause privative générale que renferme l'art. 22 du Code. Le Conseil canadien des relations du travail doit concevoir un régime cohérent et pratique pour l'application des nombreuses dispositions législatives qui régissent les relations de travail des employeurs et employés dont les activités sont du ressort fédéral. Pour que les différends entre ces travailleurs et leurs employeurs puissent se régler rapidement et d'une manière conciliable avec leurs autres droits et obligations aux termes du *Code canadien du travail*, les décisions du Conseil ne doivent pas pouvoir être systématiquement annulées par les cours de justice chaque fois que ces dernières désapprouvent la façon dont le Conseil a tranché une question donnée. Ainsi, la norme de contrôle judiciaire applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable à moins que le Conseil n'ait commis une erreur de compétence⁹⁹.

Selon le juge Iacobucci, en décidant que les actions de la SRC constituaient de prime abord une ingérence dans l'administration d'un syndicat, le CCRT ne s'était nullement prononcé sur une question de compétence. Pour conclure ainsi, le juge s'est fondé sur les larges pouvoirs que le Code confère au CCRT:

Support for the conclusion that this determination is not jurisdictional in nature is found in a functional analysis of the *Canada Labour Code* as a whole. The Code contains, in s. 22, a broad privative clause, which limits judicial review only to those errors which amount to a loss or excess of jurisdiction.

...
This broad privative clause is combined with wide powers in the Board to deal with questions put before it. The jurisdiction of the Board to hear and resolve all unfair labour practice complaints is founded in ss. 97(1) and 98(1). Section 99 of the Code bestows on the Board wide remedial powers to address any violation of the Code which it finds.¹⁰⁰

Iacobucci J. concluded that the Board had exclusive jurisdiction to determine if the CBC had engaged in an unfair labour practice, and that this determination could be interfered with only if it was shown to be patently unreasonable.

d) Independence of the CLRB members

62 The respondent and intervenors submit that disclosure of the notes would interfere with the independence and intellectual freedom of quasi-judicial decision makers acting under the *Canada Labour Code* by revealing their personal decision-making processes and by causing them to alter the manner in which they arrive at decisions.

Judicial independence and the adjudicative privilege

63 The concept of the independence of decision makers has been addressed in a number of decisions by the Supreme Court of Canada. In *Valente v. The Queen et al.*, the Supreme Court considered whether a provincial court hearing an appeal from a conviction under the *Highway Traffic Act* [R.S.O. 1970, c. 202] was an independent tribunal within the meaning of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.¹⁰¹ Le Dain J. stated for the Court that judicial independence involved both individual and institutional relationships:

It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such

La conclusion que cette décision n'a rien à voir avec la compétence est appuyée par une analyse fonctionnelle du *Code canadien du travail* dans son ensemble. Le Code renferme, à son art. 22, une clause privative générale qui restreint le contrôle judiciaire aux seules erreurs qui donnent lieu à une perte ou à un excès de compétence.

...
À cette clause privative générale sont conjugués les vastes pouvoirs du Conseil de trancher les questions qu'on lui soumet. La compétence du Conseil pour entendre et régler toutes les plaintes de pratiques déloyales de travail découle des par. 97(1) et 98(1). L'article 99 du Code confère au Conseil de larges pouvoirs de redressement dans le cas où il conclut à une violation du Code.¹⁰⁰

Le juge Iacobucci a conclu à la compétence exclusive du Conseil pour décider si la SRC s'était livrée à une pratique déloyale de travail, estimant qu'on ne doit s'immiscer dans cette décision que s'il est démontré qu'elle est manifestement déraisonnable.

d) L'indépendance des membres du CCRT

L'intimé et les intervenants font valoir que la 62 divulgation des notes nuirait à l'indépendance et à la liberté intellectuelle de décideurs quasi-judiciaires agissant en vertu du *Code canadien du travail*, en révélant la démarche intellectuelle qui leur est propre et en les portant à modifier la manière dont ils parviennent à leurs décisions.

Indépendance judiciaire et privilège décisionnel

La Cour suprême a, dans plusieurs de ses arrêts, 63 considéré la notion d'indépendance décisionnelle. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine et autres*, elle se penche sur la question de savoir si une cour provinciale saisie de l'appel interjeté d'une déclaration de culpabilité au titre du *Code de la route* [S.R.O. 1970, ch. 202], est un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰¹. Parlant au nom de la Cour, le juge Le Dain a relevé que l'indépendance judiciaire comporte à la fois des rapports individuels et des rapports institutionnels:

On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se mani-

matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government.¹⁰²

His Lordship described the "test" for judicial independence as follows:

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.¹⁰³

Le Dain J. held that three essential conditions for judicial independence for purposes of paragraph 11(d) of the *Charter* were security of tenure, financial security, and the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function. With respect to the third condition, his Lordship noted the following:

Although the increased measure of administrative autonomy or independence that is being recommended for the courts, or some degree of it, may well be highly desirable, it cannot in my opinion be regarded as essential for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(d) must, I think, be those referred to by Howland C.J.O. They may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. To the extent that the distinction between administrative independence and adjudicative independence is intended to reflect that limitation, I can see no objection to it. It may be open to objection, how-

festes dans certains de ses attributs, tels l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la Cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement¹⁰².

Le juge a formulé de la manière suivante le «critère» de l'indépendance judiciaire:

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties¹⁰³.

Le juge Le Dain a estimé que les trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire aux fins de l'alinéa 11d) de la *Charte* sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle du tribunal pour les questions d'administration directement liées à l'exercice de sa fonction judiciaire. En ce qui concerne la troisième condition, le juge a noté que:

Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se révéler hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11d) doivent, je pense, se limiter à ceux mentionnés par le juge en chef Howland. On peut les résumer comme étant le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Dans la mesure où la distinction entre l'indépendance dans l'administration et l'indépendance dans les décisions se veut le

ever, in so far as the desirable or recommended degree of administrative autonomy or independence of the courts is concerned. In my opinion, the fact that . . . the Executive exercised administrative control over certain discretionary benefits or advantages affecting the judges did not prevent the Provincial Court . . . from being reasonably perceived as possessing the essential institutional independence required for purposes of s. 11(d).¹⁰⁴

64 In *Beauregard v. Canada*, the Supreme Court considered whether a legislative amendment to the *Judges Act* [R.S.C. 1970, c. J-1] requiring judges to contribute to their pension plan violated the principle of judicial independence.¹⁰⁵ Dickson C.J. summarized the essence of the principle of judicial independence as follows:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence. Nevertheless, it is not the entire content of the principle.¹⁰⁶

Noting that the principle of judicial independence had grown to include an institutional or collective component in response to the developing social and constitutional role of the judiciary, his Lordship stated:

The rationale for this two-pronged modern understanding of judicial independence is recognition that the courts are not charged solely with the adjudication of individual cases. That is, of course, one role. It is also the context for a second, different and equally important role, namely as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it—rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important. In other words, judicial independence is essential for fair and just dispute-resolution in individual cases. It is also the lifeblood of constitutionalism in democratic societies.¹⁰⁷

reflet de cette limitation, je n'y vois aucune objection. On peut s'y opposer toutefois dans la mesure où le degré souhaitable ou recommandé d'indépendance ou d'autonomie administrative des tribunaux est concerné. À mon avis, le fait que certains avantages financiers applicables aux fonctionnaires soient aussi applicables aux juges de cour provinciale, que la Cour provinciale (Division criminelle) et ses juges soient, dans des brochures, associés au ministère du Procureur général, et que l'exécutif exerce un contrôle administratif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires touchant les juges, n'empêchait pas la Cour provinciale (Division criminelle) à l'époque où le juge Sharpe a décliné compétence, d'être raisonnablement perçue comme possédant l'indépendance institutionnelle essentielle pour les fins de l'al. 11d)¹⁰⁴.

Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, la Cour suprême s'est penchée sur la question de savoir si une modification législative apportée à la *Loi sur les juges* [S.R.C. 1970, ch. J-1], obligeant les juges à contribuer à leur régime de pension, entamait le principe de l'indépendance judiciaire¹⁰⁵. Le juge en chef Dickson a ainsi résumé l'essentiel de ce principe:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. Néanmoins, ce n'est pas là tout le contenu du principe¹⁰⁶.

Relevant que le principe de l'indépendance judiciaire s'était développé et englobait maintenant, parallèlement au développement du rôle social et constitutionnel du pouvoir judiciaire, un élément institutionnel ou collectif, le juge a déclaré:

La raison d'être de cette conception moderne à deux volets de l'indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit là évidemment d'un rôle. C'est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées—la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes. En d'autres termes, l'indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges

Finally, Dickson C.J. summarized the principle of judicial independence as it had evolved in Canada as follows:

In summary, Canadian constitutional history and current Canadian constitutional law establish clearly the deep roots and contemporary vitality and vibrancy of the principle of judicial independence in Canada. The role of the courts as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system.

I emphasize the word 'all' in the previous sentence because, although judicial independence is usually considered and discussed in terms of the relationship between the judiciary and the executive branch, in this appeal the relevant relationship is between the judiciary and Parliament. Nothing turns on this contextual difference. Although particular care must be taken to preserve the independence of the judiciary from the executive branch (because the executive is so often a litigant before the courts), the principle of judicial independence must also be maintained against all other potential intrusions, including any from the legislative branch.¹⁰⁸

65 In *R. v. Lippé*, the Supreme Court held that the system of part-time municipal court judges permitted to practise law in Quebec did not infringe the guarantee of judicial impartiality encompassed in paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and section 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* [R.S.Q., c. C-12].¹⁰⁹ Gonthier J., with whom a majority of the Supreme Court concurred, reaffirmed the broad scope of the concept of judicial independence as set out in the *Valente* and *Beauregard* decisions:

I have had the benefit of the reasons for judgment of the Chief Justice. I agree with his conclusions and agree substantially with the reasons upon which they rest.

However, I wish to indicate that while the precise scope of "judicial independence" need not be in issue here, I respectfully disagree with the restrictive definition which he adopts for "judicial independence" as related solely to independence from government . . .

dans les affaires individuelles. Elle constitue également l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques¹⁰⁷.

Et enfin, le juge en chef Dickson a résumé le principe de l'indépendance judiciaire tel qu'il s'est développé au Canada:

En résumé, l'histoire de la Constitution du Canada et le droit constitutionnel canadien actuel établissent clairement les racines profondes, la vitalité et le caractère vibrant contemporains du principe de l'indépendance judiciaire au Canada. Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire.

Je mets l'accent sur le mot «tous» dans la phrase précédente parce que, bien que l'indépendance judiciaire soit habituellement étudiée et analysée en fonction du rapport qui existe entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, dans le présent pourvoi le rapport pertinent est celui qui existe entre le pouvoir judiciaire et le Parlement. Rien ne dépend de cette différence contextuelle. Bien qu'un soin particulier doive être pris pour préserver l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir exécutif (du fait que le pouvoir exécutif soit si souvent partie aux litiges devant les tribunaux), le principe de l'indépendance judiciaire doit également être maintenu face à toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif¹⁰⁸.

Dans l'arrêt *R. c. Lippé*, la Cour suprême a jugé 65 que le système permettant aux juges à temps partiel d'une cour municipale d'exercer la profession d'avocat au Québec n'était pas contraire à la garantie d'impartialité judiciaire inscrite à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* [L.R.Q., ch. C-12] du Québec¹⁰⁹. Le juge Gonthier, sur qui s'est alignée une majorité de la Cour suprême, a réaffirmé dans toute son étendue le concept d'indépendance judiciaire telle qu'exposé dans les arrêts *Valente* et *Beauregard*:

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement du Juge en chef. Je partage ses conclusions et je suis essentiellement d'accord avec le raisonnement qui les sous-tend.

Toutefois, je tiens à indiquer que, même si la portée précise de l'«indépendance judiciaire» n'a pas à être en cause ici, je rejette, en toute déférence, le sens restreint qu'il donne à l'«indépendance judiciaire», qu'il définit comme se rapportant uniquement à l'indépendance vis-à-vis du gouvernement . . .

The broader understanding of “judicial independence” expressed in the following terms in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 69, is, in my view, both appropriate and important:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision.

This was consistent with the thinking expressed previously by Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685:

As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees. (Emphasis added.)¹¹⁰

His Lordship then endorsed the following expression of the scope of judicial independence found in the *Universal Declaration on the Independence of Justice*, First World Conference on the Independence of Justice, Montréal, June 10, 1983, in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), at page 450:

Independence

2.02 Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.¹¹¹

66 In *MacKeigan v. Hickman*, a Royal Commission enquiring into the circumstances surrounding the wrongful conviction of Donald Marshall for murder sought to compel the testimony of five members of the Nova Scotia Court of Appeal who, on a reference from the federal Minister of Justice, had overturned the conviction.¹¹² The Commission sought the judges’ testimony on three aspects of the reference:

J’estime que la définition plus large de l’«indépendance judiciaire» de l’arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 69, est à la fois appropriée et importante:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l’essentiel du principe de l’indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d’instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l’extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d’intervenir, dans la façon dont un juge mène l’affaire et rend sa décision.

Cela était conforme avec la pensée exprimée antérieurement par le juge Le Dain dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685:

Comme tel, il connote non seulement un état d’esprit ou une attitude dans l’exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l’organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. (Je souligne)¹¹⁰.

Un peu plus loin, le juge fait sienne la manière dont l’étendue du principe de l’indépendance judiciaire est exprimée dans la *Déclaration universelle sur l’Indépendance de la Justice*, Première conférence mondiale sur l’Indépendance de la Justice, Montréal, le 10 juin 1983, dans S. Shetreet et J. Deschênes, éd., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), à la page 465:

Indépendance

2.02 Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit¹¹¹.

66 Dans l’affaire *MacKeigan c. Hickman*, une Commission royale enquêtant sur les circonstances dans lesquelles Donald Marshall avait pu être, à tort, jugé coupable de meurtre, voulait contraindre à témoigner les cinq membres de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse qui avait, sur renvoi du ministre fédéral de la Justice, infirmé la condamnation¹¹². La Commission prétendait faire témoigner les juges sur trois élé-

the reasons for the inclusion of the former Nova Scotia Attorney General on the panel hearing the reference, the composition of the record as it was before the Court of Appeal and the factors which in the opinion of the Court of Appeal constituted a miscarriage of justice. The judges argued that the Commission had no authority to compel their attendance by virtue of judicial immunity from testifying.

67 McLachlin J., writing the majority judgment, found that an absolute immunity applied to all three aspects, i.e. the constitution of the panel, the record before the Court of Appeal, and the factors which according to the Court of Appeal constituted a miscarriage of justice. Cory J. agreed that an absolute privilege (the adjudicative privilege) applied in relation to the third matter, which related to the adjudicative function of the judiciary. However, his Lordship held that a qualified privilege (the administrative privilege) applied to the first two matters which related to the judiciary's administrative functions and that the judiciary's immunity with respect to these functions had to give way in exceptional circumstances such as where the administration of justice was itself under review by a body with the constitutional authority to conduct such a review. Cory J. defined the scope of the judicial immunity guarding judges against compelled intrusions into the thought process behind their decisions as follows:

... there is for very good reason an absolute privilege accorded to the judiciary exempting them from testifying as to their mental processes in arriving at a judgment or as to how they reached a decision in any case that came before them. This has been the law since *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167, and has continued to be so with unabated force to the present time. See for example the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257, at p. 269, *per* Martin J.A.

A judgment and a judge's reasons for judgment must be put on record and are subject to scrutiny on appeal by the legal community and by the public at large. It is vital to the preservation of our system of justice that a judge not be required to answer any questions as to how a decision

ments du renvoi: les raisons pour lesquelles un ancien procureur général de la Nouvelle-Écosse avait siégé lors de l'audition du renvoi, la teneur du dossier tel que transmis à la Cour d'appel, et les éléments qui, de l'avis de la Cour d'appel, étaient constitutifs de l'erreur judiciaire. Les juges ont affirmé que la Commission n'avait aucun pouvoir d'ordonner leur comparution, la magistrature bénéficiant d'une immunité qui la soustrait à l'obligation de témoigner.

Au nom de la majorité, le juge McLachlin a conclu qu'une immunité absolue couvrait les trois éléments en question, à savoir la constitution de la formation, le dossier soumis à la Cour d'appel et les éléments qui, selon la Cour d'appel, étaient constitutifs de l'erreur judiciaire. Le juge Cory a reconnu qu'un privilège absolu (le privilège décisionnel) était applicable au troisième élément, qui touchait la fonction décisionnelle du pouvoir judiciaire. Le juge a cependant estimé qu'un privilège restreint (le privilège administratif) s'appliquait aux deux premiers éléments qui ont trait aux fonctions administratives du pouvoir judiciaire et que, en ce qui concerne ces fonctions-là, l'immunité des juges doit céder le pas dans des circonstances exceptionnelles telles que celles où l'administration de la justice est elle-même en cause devant un organisme doté du pouvoir constitutionnel nécessaire pour procéder à un tel examen. Le juge Cory a cerné la portée de l'immunité judiciaire qui préserve les juges contre toute tentative d'immixtion dans la démarche intellectuelle à l'origine de leurs décisions.

Néanmoins, je m'empresse de dire que je partage l'avis de ma collègue qu'il existe pour de très bonnes raisons un privilège absolu accordé aux juges qui les exempte de l'obligation de témoigner quant au processus mental suivi pour rendre un jugement ou quant à savoir comment ils sont arrivés à une décision dans une affaire dont ils étaient saisis. C'est la règle qui s'applique depuis l'arrêt *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167, et il en a toujours été invariablement ainsi jusqu'à nos jours. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257, à la p. 269, le juge Martin.

Un jugement et les motifs de jugement d'un juge doivent être consignés et peuvent faire l'objet d'un examen par voie d'appel interjeté par la communauté juridique ou par le public en général. Il est essentiel à la préservation de notre système de justice qu'un juge ne soit pas tenu de

was reached. The reasons and the decisions speak for themselves. If they are to be questioned an effective and comprehensive means of challenging them is provided by appellate procedures.

As well a large measure of judicial immunity from testifying in respect of the administration of the work of the courts is an important and necessary factor in the functioning of the judicial system. For example, it would be unthinkable that an outside agency, whether it be a ministry of government, an agency of government or a bar associate, could designate which judge was to hear a particular case or which members of an appellate court were to sit on an appeal of a case. It is important that there be immunity for judges with regard to their conversations with administrative staff, as much as with their colleagues and clerks. Nonetheless there is an important distinction to be drawn between the two types of judicial immunity. There is first the privilege of the judiciary not to be questioned as to the decisions they have made on cases. This adjudicative privilege is of fundamental importance and is absolute in nature. Secondly, there is the privilege as to the administration of the courts. This administrative privilege is not of the same fundamental importance and is qualified in nature. [My underlining.]¹¹³

McLachlin J. noted that the Court's decision in *Beauregard* had not proposed the absolute separation of the judiciary from other branches of government, but separation of its authority and function, and defined the prerequisite for judicial independence as follows:

The critical requirement for the maintenance of judicial independence is that the relations between the judiciary and other branches of government not impinge on the essential "authority and function", to borrow Dickson C.J.'s term, of the court. What is required, as I read *Beauregard v. Canada*, is avoidance of incidents and relationships which could affect the independence of the judiciary in relation to the two critical judicial functions—judicial impartiality in adjudication and the judiciary's role as arbiter and protector of the Constitution.

To summarize, judicial independence as a constitutional principle fundamental to the Canadian system of government possesses both individual and institutional elements. Actions by other branches of government which undermine the independence of the judiciary therefore attack the integrity of our Constitution. As protectors of our

répondre à des questions concernant la façon dont il est arrivé à une décision. Les motifs et les décisions parlent d'eux-mêmes. S'ils doivent être mis en doute, les procédures d'appel fournissent un moyen efficace et complet de les contester.

De même, une large exemption de l'obligation de témoigner de la part des juges à l'égard de l'administration des travaux des tribunaux constitue un facteur important et nécessaire dans le fonctionnement du système judiciaire. Par exemple, il serait impensable qu'un organisme extérieur, fût-il un ministère ou un organisme gouvernemental ou encore un barreau, puisse dire quel juge entendra une affaire en particulier ou quels membres d'une cour d'appel siégeront dans un appel. Il est important que les juges jouissent d'une exemption relativement à leurs conversations avec le personnel administratif tout autant qu'avec leurs collègues et leurs clerks. Néanmoins, une distinction importante doit être établie entre les deux types d'immunité judiciaire. Il y a d'abord le privilège des juges de ne pas être interrogés quant aux décisions qu'ils ont rendues. Ce privilège attaché à l'adjudication est d'importance fondamentale et de nature absolue. Ensuite, il y a le privilège relatif à l'administration des tribunaux. Ce privilège attaché à l'administration n'a pas la même importance fondamentale et est de nature restreinte. [Non souligné dans l'original]¹¹³.

Le juge McLachlin relève que dans l'arrêt *Beauregard*, la Cour n'a pas prôné une séparation absolue du pouvoir judiciaire et des autres pouvoirs étatiques, mais une démarcation nette au niveau des pouvoirs et fonctions judiciaires, définissant en les termes suivants les éléments essentiels de l'indépendance judiciaire:

La condition capitale du maintien de l'indépendance judiciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les «pouvoirs et fonctions» essentiels du tribunal, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. Suivant mon interprétation de l'arrêt *Beauregard c. Canada*, il est nécessaire d'éviter des incidents et des rapports qui pourraient avoir des répercussions sur l'indépendance du pouvoir judiciaire relativement à deux fonctions judiciaires cruciales: l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution.

En résumé, en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien, l'indépendance judiciaire comporte à la fois des éléments individuels et des éléments institutionnels. Les actes des autres organes du gouvernement qui minent l'indépendance du pouvoir judiciaire nuisent donc à l'intégrité de notre Cons-

Constitution, the Courts will not consider such intrusions lightly.¹¹⁴

With respect to the privilege granted the judiciary to refuse to testify concerning their mental processes in arriving at a decision, her Ladyship concluded as follows:

The judge's right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence: *Valente v. The Queen, supra; Bearegard v. Canada, supra*. The judge must not fear that after issuance of his or her decision, he or she may be called upon to justify it to another branch of government. The analysis in *Bearegard v. Canada* supports the conclusion that judicial immunity is central to the concept of judicial independence. As stated by Dickson C.J. in *Bearegard v. Canada*, the judiciary, if it is to play the proper constitutional role, must be completely separate in authority and function from the other arms of government. It is implicit in that separation that a judge cannot be required by the executive or legislative branches of government to explain and account for his or her judgment. To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence. [Underlining added.]¹¹⁵

68 Adopting the language of Cory J. and McLachlin J. in *MacKeigan*, it is clear that the notes taken by a judge in the course of a hearing are within the heartland of the adjudicative privilege as they stand to reveal the judge's mental processes in arriving at a decision over and beyond what is revealed by the reasons given for the decision. By their nature, notes are intended to record for future use the thought process of a judge on specific points as the hearing unfolds. They are necessary because ongoing impressions are important and memories fade. For that reason, judges must be in a position to take notes free from any intrusion and in particular, free from the fear that the notes could thereafter be subject to disclosure for purposes other than that for which they were intended. A judge must have total freedom as to what is and what is not noteworthy and

tution. En tant que protecteurs de notre Constitution, les tribunaux ne prendront pas ces empiètements à la légèr¹¹⁴.

En ce qui concerne le privilège reconnu au pouvoir judiciaire, en vertu duquel les juges peuvent refuser de témoigner au sujet de la démarche intellectuelle qui les a amenés à une décision, le juge a conclu en ses termes:

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine et Bearegard c. Canada*, précités. Le juge ne doit pas craindre qu'après avoir rendu sa décision, il puisse être appelé à la justifier devant un autre organe du gouvernement. L'analyse faite dans l'arrêt *Bearegard c. Canada* appuie la conclusion que l'immunité judiciaire est au cœur du concept de l'indépendance judiciaire. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bearegard c. Canada*, pour jouer le bon rôle constitutionnel, le pouvoir judiciaire doit être complètement séparé, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, des autres organes du gouvernement. Cette séparation signifie implicitement que les organes exécutif ou législatif du gouvernement ne peuvent pas exiger d'un juge qu'il explique son jugement et en rende compte. Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire. [Non souligné dans l'original.]¹¹⁵

À reprendre les termes utilisés par les juges Cory et McLachlin dans l'arrêt *MacKeigan*, les notes prises par un juge au cours d'une audience sont indiscutablement au cœur même du privilège décisionnel, puisque ces notes sont susceptibles de révéler la démarche intellectuelle retenue par le juge pour parvenir à sa décision, au-delà de ce que nous révèlent les motifs du jugement. Par leur nature même, ces notes sont utilisées par le juge pour consigner ses réflexions sur certains points précis, réflexions dont il aura à se servir plus tard. Les notes lui sont indispensables car, vu les incertitudes de la mémoire, il faut bien consigner ses réflexions au fur et à mesure. C'est pourquoi un juge doit pouvoir prendre des notes, libre de toute ingérence, et notamment libre de toute crainte que ces notes auront par la suite à être divulguées à des fins qui ne sont pas

68

the certainty that no one can thereafter put in question his or her wisdom in this regard. To allow hearing notes to be used by others for purposes other than that for which they were intended would fundamentally impede the use of a tool that is essential to the judiciary, namely the ability and freedom to note matters of one's choice as the hearing unfolds for the sole and exclusive purpose of assisting the judge in arriving at the correct decision.

celles de leur auteur. Un juge doit avoir l'entière liberté de décider de ce qu'il convient de noter ou non, et être certain que personne ne pourra par la suite venir mettre en doute la sagesse de ses résolutions. Le fait de permettre que les notes d'audience soient utilisées par d'autres, à des fins différentes de celles de leur auteur, freinerait manifestement l'utilisation d'un outil essentiel au pouvoir judiciaire, à savoir la faculté et la liberté de noter à son gré certaines choses au fur et à mesure que l'audience se déroule, et cela dans le but unique et exclusif d'aider le juge à parvenir à une juste décision.

69 The adjudicative privilege, also termed "judicial immunity" was described in *MacKeigan* [at page 830] as "essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence," [at page 841] "vital to the preservation of our system of justice" and "of fundamental importance and . . . absolute in nature." The characterization of the adjudicative privilege in *MacKeigan* flows from the very essence of the principle of judicial independence as defined by Dickson C.J. in *Beauregard*: the complete liberty of individual judges to decide the cases that come before them. Complete liberty to decide can only exist if the judge is entirely free from interference in fact or attempted interference by any "outsider" with the way in which the judge conducts the case and makes his or her decision. The duty of judges in deciding matters before them was described in the *Universal Declaration on the Independence of Justice*, the relevant portion of which was adopted by the Supreme Court in *Lippé*: judges individually must decide impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law. There must be no other "restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason."

Le privilège décisionnel, également appelé «immunité judiciaire» est décrit, dans l'arrêt *MacKeigan* [à la page 830], comme étant «essentiel à l'indépendance personnelle [du] juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire», [à la page 841] «essentiel à la préservation de notre système de justice» et d'importance fondamentale et de nature absolue». La manière dont est décrit dans *MacKeigan* le privilège décisionnel, ressort de l'essence même du principe de l'indépendance judiciaire tel que défini par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard*: la liberté complète de chaque juge de trancher les affaires qui lui sont soumises. Or, la liberté complète de trancher ne peut exister que si le juge est complètement libre de toute immixtion par des personnes de l'extérieur, dans la manière dont il mène le procès et prend sa décision. Le devoir du juge qui statue sur une affaire qui lui est soumise, est décrit dans la *Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice*, le passage pertinent ayant été repris par la Cour suprême dans l'arrêt *Lippé*: individuellement, les juges doivent statuer de manière impartiale, conformément à leur évaluation des faits et à leur compréhension du droit. Il ne faut pas qu'intervienne d'autres «restrictions, influences, sollicitations, pressions, menaces, ingérences, directes ou indirectes, quel qu'en soit l'origine ou le motif».

70 Assuming for the moment that these principles apply with equal force to quasi-judicial decision makers such as members of the CLRB, the affidavit evidence of Philip Chodos establishes beyond any doubt that the prospect of the collection and reten-

À supposer, un temps, que ces principes s'appliquent au même degré à des décideurs quasi-judiciaires tels les membres du CCRT, les déclarations de Philip Chodos, consignées dans son affidavit, portent à dire que l'idée même que leurs notes

tion of the members' personal notes by the CLRB in view of their disclosure under the *Privacy Act* would interfere with the decision-making process of the members as it would impede the use of a tool that is essential to this process. Indeed, Mr. Chodos deposed that he considers his personal notes to be an essential part of his decision-making process and that:

If I knew that my notes could be produced for examination by others I would either make no notes or I would attempt to write down everything that occurred during the hearing. The former course of action could seriously affect the quality of my decisions. The latter would impede the possibility of expeditious hearings as well as my ability to observe the demeanour of the witnesses.¹¹⁶

Application of the principles of judicial independence to administrative tribunals

71 At this point, it must be noted that the constitutional and common law sources of the principle of judicial independence and of the adjudicative privilege were framed by the Supreme Court in *Valente*, *Beauregard* and *MacKeigan* with respect to superior courts. A question therefore arises as to the extent to which the principles of judicial independence, including the personal independence of judges and the adjudicative privilege which flows therefrom, can extend to members of an administrative tribunal. In *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, the Supreme Court considered whether a Trial Judge had erred in refusing to exercise his discretion to hear a judicial review application pertaining to tax assessments by two Indian bands, where statutory appeal procedures defined in the bands' tax assessment by-laws, allowed the assessments to be appealed to internal appeal boards.¹¹⁷ In the Trial Judge's view, the appeal procedures constituted an adequate alternative remedy with the result that it was not necessary to resort to the judicial review jurisdiction of the Court. Lamer C.J. (Cory J. concurring), held that the Trial Judge had erred by failing to consider that there existed a reasonable apprehension of bias in that members of the appeal boards were not sufficiently independent, as they lacked financial security and security of tenure and

personnelles pourraient être réunies et conservées en vue de leur divulgation au titre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, entraverait le processus décisionnel des membres du CCRT en les gênant dans l'utilisation d'un outil qui forme une partie essentielle de ce processus. Dans sa déposition, M. Chodos a en effet déclaré que ses notes personnelles forment une partie essentielle de la démarche qui lui permet d'aboutir à une décision et que:

[TRADUCTION] Si je savais que mes notes seraient soumises à l'examen d'un tiers, soit je ne prendrais aucune note, soit je tenterais de consigner tout ce qui s'est passé à l'audience. La première solution nuirait à la qualité de mes décisions. La seconde ralentirait sensiblement les débats et m'empêcherait de bien observer le comportement des témoins¹¹⁶.

Application des principes d'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs

Il y a lieu de noter que, dans les arrêts *Valente*, *Beauregard* et *MacKeigan*, la Cour suprême, remontant aux sources du principe de l'indépendance judiciaire dans notre droit constitutionnel et dans la common law, visait les cours supérieures. Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure les principes de l'indépendance judiciaire, y compris l'indépendance personnelle des juges et le privilège décisionnel qui en découle, peuvent être appliqués aux membres d'un tribunal administratif. Dans l'affaire *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, la Cour suprême a eu à dire si c'est à tort qu'un juge de première instance s'était refusé à exercer son pouvoir discrétionnaire de connaître d'une demande de contrôle judiciaire, déposée par deux bandes indiennes et visant des cotisations à l'impôt foncier, dans une affaire où les procédures d'appel définies dans les règlements fiscaux de la bande prévoyaient la possibilité de faire appel de ces cotisations devant des comités d'appel internes¹¹⁷. Le juge de première instance a estimé que les procédures d'appel offraient une voie de recours suffisante et qu'il n'était pas nécessaire de solliciter le contrôle judiciaire de la Cour. Selon le juge en chef Lamer (aux motifs duquel a souscrit le juge Cory) c'est à tort que le juge de première instance n'a pas tenu compte du fait que certains pouvaient, avec raison, appré-

because the boards were being asked to adjudicate the interests of those people (the Band) to whom they owed their appointments. Although Sopinka, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. held that the allegations of bias were premature, all the judges proceeded on the basis that, in applying the test for reasonable apprehension of bias, the *Valente* principles were applicable to the appeal boards.¹¹⁸

72 With respect to the applicability of the *Valente* principles to administrative tribunals, Lamer C.J. stated:

I agree and conclude that it is a principle of natural justice that a party should receive a hearing before a tribunal which is not only independent, but also appears independent. Where a party has a reasonable apprehension of bias, it should not be required to submit to the tribunal giving rise to this apprehension. Moreover, the principles for judicial independence outlined in *Valente* are applicable in the case of an administrative tribunal, where the tribunal is functioning as an adjudicative body settling disputes and determining the rights of parties. However, I recognize that a strict application of these principles is not always warranted. In *Valente, supra*, Le Dain J. wrote, at pp. 692-93:

It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. . . . The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety.

Therefore, while administrative tribunals are subject to the *Valente* principles, the test for institutional independence must be applied in light of the functions being performed by the particular tribunal at issue. The requisite level of institutional independence (i.e. security of tenure, financial security and administrative control) will depend on the nature of the tribunal, the interests at stake, and other indices of independence such as oaths of office.

In some cases, a high level of independence will be required. For example, where the decisions of a tribunal

hender le parti pris des membres du comité d'appel étant donné que ceux-ci n'avaient ni indépendance, ni sécurité financière, qu'ils n'étaient pas inamovibles, et qu'en plus ces comités avaient à se prononcer sur les intérêts des personnes (en l'occurrence les bandes) à qui ils devaient leur nomination. Les juges Sopinka, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci ont jugé prématurées les allégations de parti pris, mais la Cour entière a estimé que, s'agissant de savoir si la crainte de partialité se justifiait, il convenait d'appliquer aux comités d'appel les principes dégagés dans l'arrêt *Valente*¹¹⁸.

Quant à l'applicabilité, à l'égard des tribunaux administratifs, des principes dégagés dans *Valente*, le juge en chef Lamer a déclaré que: 72

Je partage cet avis et je conclus que l'un des principes de justice naturelle veut qu'une partie reçoive une audience devant un tribunal qui non seulement est indépendant, mais qui le paraît. La partie qui craint raisonnablement la partialité ne devrait pas être obligée de se soumettre au tribunal qui fait naître cette crainte. De plus, les principes en matière d'indépendance judiciaire énoncés dans l'arrêt *Valente* s'appliquent dans le cas d'un tribunal administratif lorsque celui-ci agit à titre d'organisme juridictionnel qui tranche les différends et détermine les droits des parties. Je reconnais toutefois que l'application stricte de ces principes ne se justifie pas toujours. Dans l'arrêt *Valente*, précité, le juge Le Dain a écrit, aux pp. 692 et 693:

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. [...] Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité.

Par conséquent, bien que les tribunaux administratifs soient assujettis aux principes énoncés dans l'arrêt *Valente*, le critère relatif à l'indépendance institutionnelle doit être appliqué à la lumière des fonctions que remplit le tribunal particulier dont il s'agit. Le niveau requis d'indépendance institutionnelle (c.-à-d. l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif) dépendra de la nature du tribunal, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l'indépendance, tels les serments professionnels.

Parfois, un haut niveau d'indépendance s'imposera. Par exemple, lorsque les décisions du tribunal ont une inci-

affect the security of the person of a party (such as the Immigration Adjudicators in *Mohammad, supra*), a more strict application of the *Valente* principles may be warranted. In this case, we are dealing with an administrative tribunal adjudicating disputes relating to the assessment of property taxes. In my view, this is a case where a more flexible approach is clearly warranted.¹¹⁹

73 Lamer C.J. noted that the members of the appeal boards performed adjudicative functions not unlike those of courts, and held that despite the fact that the members of appeal boards were required to take oaths of office that they would be impartial and that the interest at stake (tax assessment) was of a lesser form than, for example, security of the person, even a flexible application of the *Valente* principles led to the conclusion that a reasonable and right-minded person would have a reasonable apprehension that the members of the appeal tribunals were not sufficiently independent.

74 In *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, the Supreme Court considered the degree to which administrative tribunals could rely on deliberative secrecy in their proceedings.¹²⁰ The respondent, a social aid recipient, challenged a decision of the Commission to refuse to reimburse the cost of certain dressings and bandages by an action in nullity, alleging that the formal consultation process employed by the Commission to reach its decision violated the rules of natural justice. The Court held that the Commission's formal consultation process, because it provided for compulsory consultation against the will of the members actually deciding the matter, created an appearance of systemic pressure and violated the rules of natural justice. During trial of the matter, counsel for the respondent had succeeded, over the Commission's objections, in compelling the Commission's secretary to answer questions regarding the consultation process. The Commission argued before the Supreme Court that its objections should have been maintained, based on the principle of deliberative secrecy. Writing for the Court, Gonthier J. held as follows:

In my opinion, the objections made by the Commission should be dismissed. The questions raised by the respon-

dence sur le droit d'une partie à la sécurité de sa personne (comme dans le cas des arbitres en matière d'immigration dans l'arrêt *Mohammad*, précité), une application plus stricte des principes énoncés dans l'arrêt *Valente* peut se justifier. En l'espèce, il s'agit d'un tribunal administratif chargé de trancher des différends concernant l'évaluation en matière d'impôt foncier. À mon avis, une plus grande souplesse est manifestement justifiée dans une telle situation¹¹⁹.

73 Le juge en chef Lamer a relevé que les membres des comités d'appel exerçaient des fonctions juridictionnelles analogues à celles des tribunaux, estimant cependant que, même si les membres des comités d'appel faisaient serment d'impartialité, et que les intérêts en jeu (les cotisations à l'impôt foncier) étaient de moindre importance que, disons, les questions touchant la sécurité de la personne, une application, même souple, des principes dégagés dans *Valente* portait à conclure qu'une personne pourrait effectivement s'inquiéter, avec raison, du manque d'indépendance des membres des comités d'appel.

74 Dans l'affaire *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, la Cour suprême a eu à dire dans quelle mesure les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré¹²⁰. L'intimée, prestataire de l'aide sociale, a mis en cause une décision de la Commission lui refusant le remboursement de certains pansements, engageant une action en nullité et alléguant que le processus de consultation utilisé par la Commission pour parvenir à sa décision était contraire aux règles de justice naturelle. La Cour a estimé que le processus de consultation de la Commission, qui imposait cette consultation, contrairement à la volonté des membres chargés de trancher les différends, donnait une impression de pressions systémiques contraires aux règles de justice naturelle. À l'instruction, l'avocat de l'intimée était parvenu à surmonter les objections de la Commission et à obliger le secrétaire de celle-ci de répondre à des questions portant sur le processus de consultation. La Commission a soutenu, devant la Cour suprême, que le principe du secret du délibéré exigeait qu'on accueille les objections qu'elle avait formulées. Écrivant au nom de la Cour, le juge Gonthier a estimé que:

À mon avis, les objections formulées par la Commission doivent être rejetées. Les questions posées par l'intimée ne

dent did not touch on matters of substance or the decision makers' thinking on such matters. These questions were directed instead at the formal process established by the Commission to ensure consistency in its decisions. They were concerned first with the institutional setting in which the decision was made and how it functioned, and second with its actual or apparent influence on the intellectual freedom of the decision makers. This distinction was noted by Dugas J. during the interrogatories themselves.

In the case of administrative tribunals, the difficulty of distinguishing between facts relating to an aspect of the deliberations which can be entered in evidence and those which cannot is quite understandable. The institutionalization of the decisions of administrative tribunals creates a tension between on one hand the traditional concept of deliberative secrecy and on the other the fundamental right of a party to know that the decision was made in accordance with the rules of natural justice. The institutionalized consultation process involving deliberation is the subject of rules of procedure designed to regulate the "consensus tables" process. Paradoxically, it is the public nature of these rules which, while highly desirable, may open the door to an action in nullity or an evocation. It may be questioned whether justice is seen to be done. Accordingly, the very special way in which the practice of administrative tribunals has developed requires the Court to become involved in areas into which, if a judicial tribunal were in question, it would probably refuse to venture:

The judge's right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence: *Valente v. The Queen, supra; Beaugard v. Canada*. . . . To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how or why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence. (Emphasis added.)

(*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 830-31.)

Additionally, when there is no appeal from the decision of an administrative tribunal, as is the case with the Commission, that decision can only be reviewed in one way: as to legality by judicial review. It is of the very nature of judicial review to examine *inter alia* the decision maker's decision-making process. Some of the grounds on which a decision may be challenged even concern the internal aspect of that process: for example, was the decision made at the dictate of a third party? Is it the result of the blind application of a previously established directive or policy? All these events accompany the deliberations or are part of them.

touchaient pas les motifs au fond ou leur élaboration dans la pensée des décideurs. Ces questions visaient plutôt le processus formel mis sur pied par la Commission pour assurer la cohérence de sa jurisprudence. Elles portaient d'une part sur le cadre institutionnel dans lequel la décision est rendue et son fonctionnement et, d'autre part, sur son influence réelle ou apparente sur la liberté d'esprit des décideurs. Cette distinction avait été soulignée par le juge Dugas durant les interrogatoires mêmes.

Dans le cas des tribunaux administratifs, la difficulté de distinguer entre les faits portant sur un aspect du délibéré qui pourront être mis en preuve et ceux qui ne le pourront pas est particulièrement compréhensible. L'institutionnalisation des décisions des tribunaux administratifs crée une tension entre, d'une part, le traditionnel concept du secret du délibéré et, d'autre part, le droit fondamental d'une partie de savoir que la décision a été rendue en conformité avec les principes de justice naturelle. En effet, le processus de consultation institutionnalisé mis en œuvre dans le cadre de délibérés fait l'objet de règles de procédure visant à régir le processus des «tables de consensus». Le caractère public de ces règles, par ailleurs fort souhaitable, est paradoxalement ce qui peut donner prise à une action en nullité ou à une évocation. L'apparence de justice peut être mise en cause. L'évolution bien particulière de la pratique des tribunaux administratifs oblige donc la Cour à s'immiscer dans des domaines où, s'il s'agissait d'un tribunal judiciaire, elle refuserait probablement de s'aventurer:

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine et Beaugard c. Canada* [. . .] Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire. (Je souligne.)

(*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, aux pp. 830 et 831.)

Par ailleurs, lorsque les décisions d'un tribunal administratif sont sans appel, comme c'est le cas à la Commission, il n'existe qu'une seule façon de réviser celle-ci: le contrôle de la légalité. Or, il relève de la nature même du contrôle judiciaire d'examiner, entre autres, le processus décisionnel du décideur. Certains des motifs pour lesquels une décision peut être attaquée portent même sur l'aspect interne de ce processus décisionnel: par exemple, la décision a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? Résulte-t-elle de l'application aveugle d'une directive ou d'une politique pré-établie? Tous ces événements sont concomitants au délibéré ou en font partie.

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may nonetheless be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice. This is indeed the conclusion at which the majority of the Court of Appeal arrived, at pp. 2074-75:

[TRANSLATION] However, this confidentiality yields to application of the rules of natural justice, as observance of these rules is the bedrock of any legal system.

In exceptional cases, therefore, the confidentiality requirement may be lifted when good grounds for doing so are first submitted to the tribunal.

I would therefore dismiss this first ground of appeal. [My underlining.]¹²¹

75 The principles for judicial independence outlined in the Supreme Court jurisprudence beginning with the *Valente* decision have been applied to administrative tribunals which function as adjudicative bodies settling disputes and determining the rights of parties.¹²² While these principles and the underlying protection which they afford inherently belong to courts alone, they were nevertheless imported into the sphere of administrative decision-making through the enforcement by the courts of the rules of natural justice. In so far as the CLRB is concerned, it is common ground that courts will enforce the rules of natural justice via the judicial review mechanism established by section 22 of the Code and sections 28 and 18.1 of the *Federal Court Act*.

76 In *Matsqui*, a decision respecting the institutional independence of tax assessment appeal boards, the Supreme Court held that the principles for judicial independence outlined in *Valente* should be [at page 51] “applied in light of the functions being performed by the particular tribunal at issue.” In that particular case, a flexible approach to the application of the *Valente* principles was said to be warranted. However, when dealing with a direct intrusion into the thought process of a decision maker adjudicating substantive rights, a flexible approach may not be justified. In *Tremblay* for example, Gonthier J.

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n’a pas respecté les règles de justice naturelle. C’est d’ailleurs la conclusion à laquelle en vient la majorité en Cour d’appel, aux pp. 2074 et 2075:

Cette confidentialité cède cependant devant l’application des règles de la justice naturelle, car le respect de ces règles constitue la première assise de tout système judiciaire.

La confidentialité peut donc être exceptionnellement levée lorsque des motifs sérieux de le faire sont préalablement soumis au tribunal.

Je rejetterais donc ce premier motif d’appel. [Non souligné dans l’original.]¹²¹

Les principes d’indépendance judiciaire dégagés 75 par la jurisprudence de la Cour suprême à partir de l’arrêt *Valente* ont été appliqués à des tribunaux administratifs qui, de par leurs fonctions juridictionnelles, sont appelés à se prononcer sur les droits des parties en tranchant des litiges¹²². Si ces principes et les garanties qu’ils consacrent sont l’apanage essentiel des tribunaux judiciaires, ils ont été introduits dans le domaine administratif par les tribunaux judiciaires qui ont veillé au respect des règles de la justice naturelle. En ce qui concerne le CCRT, personne ne conteste que les tribunaux veilleront au respect des règles de la justice naturelle au moyen de la procédure de contrôle judiciaire prévue à l’article 22 du Code et aux articles 28 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Dans l’arrêt *Matsqui*, qui porte sur l’indépendance 76 institutionnelle des comités d’appel des cotisations à l’impôt foncier, la Cour suprême a jugé que les principes d’indépendance judiciaire exposés dans *Valente* devaient être [à la page 51] «appliqué[s] à la lumière des fonctions que remplit le tribunal particulier dont il s’agit». Dans cette affaire-là, la Cour a estimé qu’il y avait lieu d’appliquer de manière souple les principes dégagés dans *Valente*. S’agissant, cependant, d’une immixtion directe dans la démarche intellectuelle d’un décideur chargé de se prononcer sur les droits des parties, il convient peut-

clearly prefaced his reasons dismissing the Commission's objections by the observation that [at page 964] "the questions raised by the respondent did not touch on matters of substance or the decision makers' thinking on such matters" but [at pages 964-965] "were concerned first with the institutional setting in which the decision was made and how it functioned, and second with its actual or apparent influence on the intellectual freedom of the decision makers." While judicial review by its very nature will sometimes require a court to closely examine the internal aspects of the decision-making process when confronted with "valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice,"¹²³ and while to that extent administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as the courts, I am otherwise aware of no principle or authority which would authorize an intrusion into the thought process of a decision maker beyond what is revealed by the reasons.

être d'appliquer ces principes d'une manière quelque peu moins souple. Dans l'arrêt *Tremblay*, par exemple, le juge Gonthier, au début de ses motifs écartant les objections exprimées par la Commission, remarque que [à la page 964] «[I]es questions posées par l'intimée ne touchaient pas les motifs au fond ou leur élaboration dans la pensée des décideurs», mais [aux pages 964 et 965] «portaient d'une part sur le cadre institutionnel dans lequel la décision est rendue et son fonctionnement et, d'autre part, sur son influence réelle ou apparente sur la liberté d'esprit des décideurs». Alors que par sa nature même, dans le cas où il existe des «raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle»¹²³, le contrôle judiciaire va parfois exiger d'un tribunal qu'il se penche de près sur les aspects internes du processus décisionnel. Si en cela les tribunaux administratifs ne peuvent invoquer le secret du délibéré au même degré que peuvent le faire les tribunaux de l'ordre judiciaire, je ne connais par ailleurs aucun principe, aucune règle, autorisant les ingérences dans la démarche intellectuelle d'un décideur au-delà de ce qu'il a lui-même pu livrer dans ses motifs.

77 It is the duty and role of courts to ensure that administrative tribunals make their decisions in accordance with the rules of natural justice.¹²⁴ As such, courts are called upon to warrant the fairness of the process. To do so the Court must ensure that the tribunal possesses the freedom to decide matters independently, as it sees fit, without interference from anyone at any time. In my view, regulated and systematic intrusions by outsiders into the thought process of a decision maker as it stands to be revealed by the hearing notes would impact negatively on the integrity of the decision-making process.

Il est du devoir et du rôle des tribunaux judiciaires de veiller à ce que les tribunaux administratifs statuent conformément aux règles de justice naturelle¹²⁴. Cela étant, les tribunaux de l'ordre judiciaire doivent veiller au déroulement équitable des procédures prévues. Pour ce faire, les cours de justice doivent aussi veiller à ce que les tribunaux administratifs aient la liberté de trancher en toute indépendance, selon leur appréciation des faits, sans ingérence aucune. J'estime qu'une ingérence systématique et officialisée dans la démarche intellectuelle d'un décideur, telle qu'entraînerait la divulgation des notes d'audience, nuirait à l'intégrité du processus décisionnel.

78 That was the opinion expressed by the Commissioner of the Commission d'accès à l'information (Quebec) in *Douville c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec* rejecting the applicant's request that an arbitrator's notes taken during his hearing before the Commission de la santé et de la sécurité du travail be disclosed to

C'est également l'avis exprimé par le Commissaire de la Commission d'accès à l'information (Québec) dans l'affaire *Douville c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, décision déboutant un requérant qui demandait que lui soient communiquées les notes prises par un arbitre lors d'une audience de la Commission de la

77

78

him.¹²⁵ The Quebec Commissioner's reasons were as follows:

[TRANSLATION] Moreover, it appears that when a decision maker or member of the review board hears and decides a case, he or she is exercising a quasi-judicial function. The provisions of section 23 and subsection 56(1) of the *Charter of Human Rights and Freedoms* must therefore be considered:

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

The tribunal may decide to sit *in camera*, however, in the interests of morality or public order.

Furthermore, in proceedings in family cases, sittings in first instance are held *in camera* unless the tribunal decides otherwise on the motion of any person and if it deems it expedient in the interests of justice.

56.1 In sections 9, 23, 30, 31, 34 and 38, in Chapter III of Part II and in Part IV, the word "tribunal" includes a coroner, a fire investigation commissioner, and inquiry commission, and any person or agency exercising quasi-judicial functions.

In my view, an order to disclose personal notes taken by a decision maker or member of the agency's review board in the exercise of a quasi-judicial function would be contrary to section 23, *supra*. It would compromise the independence that such a person must have in exercising his or her functions.

Access cannot be had to such notes, which are taken to be used as a reference in preparing a decision to be rendered.¹²⁶

79 This decision is based on the view that to order the disclosure of personal notes taken by a decision maker in the exercise of a quasi-judicial function would infringe section 23 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*,¹²⁷ which guarantees the right of every individual to a fair and impartial hearing. The applicant has argued that it is inapplicable in the case at hand because section 23 has no counterpart in the federal Act. However, in my view, section 23 of the Quebec Charter merely codifies the right to a fair hearing as it has been developed by the case law. This right remains extant

santé et de la sécurité du travail¹²⁵. Voici ce qu'a décidé le Commissaire québécois:

Par ailleurs, il appert qu'un décideur ou membre du bureau de révision, lorsqu'il entend et dispose d'un dossier, exerce une fonction quasi-judiciaire. Il faut donc considérer les dispositions de l'article 23 et du paragraphe 1 de l'article 56 de la *Charte des droits et libertés* de la personne:

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

En outre, lorsqu'elles concernent des procédures en matière familiale, les audiences en première instance se tiennent à huis clos, à moins que le tribunal, à la demande d'une personne et s'il l'estime utile dans l'intérêt de la justice n'en décide autrement.

56.1. Dans les articles 9, 23, 30, 31, 34 et 38, dans le chapitre III de la partie II ainsi que dans la partie IV, le mot «tribunal» inclut un coroner, un commissaire-enquêteur sur les incendies, une commission d'enquête et une personne ou un organisme exerçant des fonctions quasi-judiciaires.

À mon avis, une ordonnance visant la divulgation des notes personnelles prises par un décideur ou membre du bureau de révision de l'organisme dans l'exercice d'une fonction quasi-judiciaire irait à l'encontre de l'article 23, précité. Elle porterait atteinte au caractère d'indépendance dont doit jouir une telle personne dans l'exercice de ses fonctions.

Ces notes, qui sont prises comme aide-mémoire en vue de la préparation d'une décision à rendre, ne sont pas accessibles¹²⁶.

79 Cette décision se fonde sur l'idée que la divulgation des notes personnelles prises par un décideur dans l'exercice d'une fonction quasi-judiciaire est contraire à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec¹²⁷, qui garantit à chacun le droit à une audition impartiale de sa cause. Le requérant fait en l'espèce valoir que cette décision est inapplicable ici étant donné que l'article 23 n'a pas son pendant dans la charte fédérale. Pourtant, selon moi, l'article 23 de la Charte du Québec ne fait que codifier le droit à une audition impartiale tel que l'a formulé la jurisprudence. Ce droit sub-

and applicable to federal legislation in the absence of a clear intent to exclude it. Under federal law, it has found expression in and was recognized by paragraphs 2(e) and (f) of the *Canadian Bill of Rights* which state:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

...

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause;¹²⁸

80

I am therefore satisfied that the respondent has met the burden placed upon it by paragraph 22(1)(b) and has established that disclosure of the notes, by revealing the mental processes and ultimately, the decision-making processes of its members, would compromise its operations. Specifically, I am satisfied that the workings of the CLRB as an adjudicative tribunal called upon to dispose of substantive rights would be impeded to the point that a reasonable expectation of probable harm to the performance of its statutory functions under the Code would result from the requested disclosure. The regulated disclosure of hearing notes under the *Privacy Act* would take away from the Board a tool that is, in my view, essential to the performance of its duty. In so stating, I stress that if the notes are not exempt from disclosure, any "personal information" which they may contain, including all expressions of opinions pertaining to litigants, lawyers and witnesses would by law have to be systematically collated and retained by the CLRB in an information bank for a minimum period of two years in view of their disclosure upon request to the individual con-

siste et demeure applicable à toute loi fédérale, sauf disposition précise. Au niveau de la législation fédérale, ce droit est reconnu et énoncé aux alinéas 2e) et f) de la *Déclaration canadienne des droits* qui dispose que:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnues et déclaré aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

...

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou le privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable¹²⁸

J'estime que l'intimé a rapporté la preuve qui lui incombait de par l'alinéa 22(1)(b) et qu'il a établi que la divulgation des notes, en dévoilant la démarche intellectuelle et, partant, le processus décisionnel de ses membres, nuirait au bon fonctionnement du Conseil. Je suis convaincu, plus précisément, que la divulgation des documents demandés nuirait au fonctionnement du CCRT, tribunal appelé à se prononcer sur les droits et les obligations, d'où l'on pourrait avec raison appréhender une entrave au bon exercice des fonctions que lui confie le Code. En officialisant la divulgation des notes d'audience au titre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, on priverait le Conseil d'un outil qui me paraît essentiel à l'accomplissement de ses fonctions. J'ajoute que si l'on n'exempte pas ces notes, tout «renseignement personnel» qu'elles contiennent, y compris les opinions concernant les plaideurs, les avocats et les témoins, devront, d'après la loi, être systématiquement rassemblées par le CCRT et conservées dans un fichier pendant au moins deux ans, au cas où l'individu concerné en demanderait la communication¹²⁹. Il serait alors à craindre que cela

80

cerned.¹²⁹ That prospect, in my view, raises a reasonable expectation of probable harm to the performance by the CLRB of its statutory functions under the Code and on that basis I conclude that the notes are exempt from disclosure under paragraph 22(1)(b) of the Act.

Section 119 of the Code

81 Further support for this conclusion can be found in section 119 of the Code which provides that:

119. No member of the Board or a conciliation board, conciliation officer, conciliation commissioner, officer or employee employed by the Board or in the public service of Canada or person appointed by the Board or the Minister under this Part shall be required to give evidence in any civil action, suit or other proceeding respecting information obtained in the discharge of his duties under this Part.

In effect, this provision affords CLRB members a statutory immunity from testifying akin to that derived for the judiciary from the principles of judicial independence by the Supreme Court in *MacKeigan*. Such provisions are not uncommon in statutes governing labour relations and are found for instance in the *Public Service Staff Relations Act* and the *Ontario Labour Relations Act*.¹³⁰

82 Counsel brought to my attention two decisions in which Ontario courts considered requests by applicants in judicial review proceedings that members of administrative bodies testify in relation to decisions they had made. In both decisions, the legislation governing the administrative bodies contained provisions similar to section 119 of the Code. In *Agnew v. Ontario Assn. of Architects*, an unsuccessful applicant to the Experience Requirements Committee of the Ontario Association of Architects sought, on judicial review, to subpoena the members of the Committee to testify about their decision that he did not meet the experience requirements prescribed by

nuise à l'exercice, par le CCRT, des fonctions que lui confie le Code, et c'est pourquoi je conclus que les notes en question bénéficient, au titre de l'alinéa 22(1)b) de la Loi, d'une exemption par rapport à l'obligation de les divulguer.

Article 119 du Code

À l'appui de cette conclusion, on pourrait également invoquer l'article 119 du Code qui dispose que:

119. Les membres du Conseil ou d'une commission de conciliation, les conciliateurs, les commissaires-conciliateurs, les fonctionnaires ou autres personnes employés par le Conseil ou faisant partie de l'administration publique fédérale, ainsi que toutes les personnes nommées par le Conseil ou le ministre aux termes de la présente partie, ne sont pas tenus de déposer dans une action—ou toute autre procédure—au civil, relativement à des renseignements obtenus dans l'exercice des fonctions qui leur sont confiées en application de la présente partie.

C'est reconnaître aux membres du CCRT un privilège légal qui les relève de l'obligation de témoigner, privilège comparable à l'immunité du juge, reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *MacKeigan* en vertu des principes d'indépendance judiciaire. De telles dispositions ne sont pas rares dans les textes de loi régissant les relations de travail et on en trouve des analogues, par exemple, dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et dans la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario¹³⁰.

On a porté à l'attention de la Cour deux affaires, où en Ontario les tribunaux ont été appelés à se prononcer, dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire, sur des requêtes tendant à ce que des membres d'organismes administratifs viennent témoigner sur les décisions qu'ils ont prises. Dans ces deux affaires, le texte régissant les organismes en question contenait des dispositions analogues à l'article 119 du Code. Dans l'affaire *Agnew v. Ontario Assn. of Architects*, un postulant malheureux à l'Association des architectes de l'Ontario, écarté par le comité chargé d'évaluer l'expérience professionnelle, entendait, dans le cadre d'une demande de contrôle

81

82

the regulations for the issuance of a licence to engage in the practice of architecture.¹³¹ The Association argued that a section of the *Architects Act, 1984* gave the Committee members immunity from testifying, and that in any event, no member of a statutory tribunal is a compellable witness as to his decision-making processes.¹³² Campbell J., of the Ontario Divisional Court did not deal with the statutory provision, but instead chose to decide on the issue of the general compellability of tribunal members as follows:

... judges are not ordinarily compellable to testify about their decisions or the basis on which they reached them: *Re Clendenning and Board of Police Com'rs for City of Belleville* (1976), 15 O.R. (2d) 97, 75 D.L.R. (3d) 33, 33 C.C.C. (2d) 236 (Div. Ct.). The rule is not restricted to superior court judges. It is open, in light of the comments of Martin J.A. in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 at p. 239, 21 O.A.C. 257 at pp. 269-70, to conclude that the rule may extend to justices of the peace as well.

In a case of a judge subpoenaed to testify about something touching on his decision, a burden of persuasion shifts to the party issuing the subpoena to demonstrate that the evidence sought does not seek to penetrate the mental process by which the judge came to his decision.

The authorities do not make it clear whether this general rule applies equally to members of administrative tribunals. In logic, there is no reason why it should not. The mischief of penetrating the decision process of a tribunal member is exactly the same as the mischief of penetrating the decision process of a judge. [My underlining.]¹³³

83 The applicant argued that he did not intend to delve into the members' decision-making process. Campbell J. stated:

judiciaire, assigner les membres du comité à venir témoigner au sujet de leur décision, selon laquelle l'intéressé ne répondait pas, en matière d'expérience, aux exigences prévues par le règlement pour la délivrance d'une autorisation d'exercer la profession d'architecte¹³¹. L'association a fait valoir qu'un article de la *Loi de 1984 sur les architectes* accordait aux membres du comité une immunité de témoignage et qu'en tout état de cause, les membres de tribunaux administratifs constitués en vertu d'une loi ne peuvent être contraints à témoigner sur les étapes de la réflexion qui les a menés à prendre telle ou telle décision¹³². Le juge Campbell de la Cour divisionnaire de l'Ontario ne s'est pas arrêté à cette disposition légale, choisissant plutôt de se fonder, de façon plus générale, sur le fait que les membres de tribunaux administratifs ne peuvent pas être contraints à témoigner:

[TRADUCTION] ... Les juges ne peuvent pas normalement être contraints à témoigner au sujet des décisions auxquelles ils parviennent ou des raisons pour lesquelles ils se sont prononcés en tel ou tel sens: *Re Clendenning and Board of Police Com'rs for City of Belleville* (1976), 15 O.R. (2d) 97, 75 D.L.R. (3d) 33, 33 C.C.C. (2d) 236 (C. Div.). Cette règle n'est pas uniquement applicable aux juges des cours supérieures. On peut, à la lumière de ce qu'en a dit le juge Martin, de la Cour d'appel, dans l'affaire *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 à la p. 239, 21 O.A.C. 257 aux p. 269 et 270, conclure que cette règle peut également s'appliquer aux juges de paix.

S'agissant d'un juge cité à venir témoigner sur un point en rapport avec sa décision, la charge de persuasion passe à la partie qui émet la citation et à qui il incombe dorénavant de démontrer que la preuve recherchée n'entraînera aucune immixtion dans la démarche intellectuelle adoptée par le juge pour aboutir à sa décision.

Il n'est pas clair, d'après la jurisprudence et la doctrine, si cette règle générale s'applique aussi aux membres des tribunaux administratifs. Il n'existe, logiquement, aucune raison pour qu'il n'en soit pas ainsi. Le tort découlant d'une immixtion dans la démarche décisionnelle d'un membre d'un tribunal administratif est exactement le même que le tort qui découlerait d'une immixtion dans la démarche décisionnelle d'un juge. [Non souligné dans l'original¹³³.]

Le requérant a répondu qu'il n'avait pas la moindre intention de fouiller dans la démarche décisionnelle des membres. Le juge Campbell a déclaré:

83

The applicant's counsel says he does not propose to delve into the mental processes of the members or their decision-making process but seeks rather to explore a distinct and different area; whether they considered the material that was put before them, whether they made their decision on the basis of the material before them, whether they each made their decision as individuals or deferred to the views of someone else, whether they prejudged the matter.

I see no distinction or difference between questions directed to those matters and questions directed to the decision process. The matters sought to be asked are at the heart of the decision-making process and are directly within the mischief sought to be prevented by the rule against penetrating the mind of the decision-maker.¹³⁴

84 The *Agnew* decision predates the decisions of the Supreme Court in *Tremblay* and *Matsqui* where it was held, respectively, that administrative tribunals could not rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals and that a flexible application of the principles for judicial independence was warranted in the case of administrative tribunals. Subject to this caveat, the decision of the Ontario High Court remains useful. In particular, Campbell J.'s observation that the mischief of penetrating the decision process of a tribunal member is the same as the mischief of penetrating the decision process of a judge is consistent with the caveat expressed by Gonthier J. in *Tremblay* when he prefaced his decision by the statement that [at page 964] "The questions raised by the respondent did not touch on matters of substance or the decision-makers' thinking on such matters." I, like Campbell J., can see no distinction in the harm that would attach to an intrusion into the thought process of a decision maker resulting from the sole fact that one is a judge and the other is not. To the extent that substantive rights are in issue, the harm is the same.¹³⁵

85 In *Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, the Ontario Divisional Court considered a request by an applicant in a judicial review proceeding that members of the Ontario Labour Relations Board (OLRB) testify in relation to their decision.¹³⁶

[TRADUCTION] L'avocat du requérant affirme qu'il n'entend aucunement fouiller dans la démarche intellectuelle suivie par les membres, ou dans leur démarche décisionnelle, mais qu'il entend, au contraire, explorer un tout autre domaine; les questions de savoir s'ils ont tenu compte de la documentation versée au dossier, s'ils en ont tenu compte dans leur décision, s'ils ont abouti à leur décision de façon individuelle ou s'ils s'en sont remis à l'opinion d'autrui, s'ils ont préjugé de la question.

Je ne vois guère de différence entre ces questions-là et les questions touchant le processus décisionnel. Les renseignements recherchés se situent au cœur même du processus décisionnel en rapport direct avec ce tort que l'on cherche justement à éviter par la règle qui interdit toute immixtion dans la démarche intellectuelle de celui qui a pris la décision¹³⁴.

La décision rendue dans l'affaire *Agnew* précède 84 les arrêts *Tremblay* et *Matsqui*, à l'occasion desquels la Cour suprême a décidé, respectivement, que les tribunaux administratifs ne peuvent pas invoquer le secret du délibéré au même titre que les tribunaux de l'ordre judiciaire, et que, s'agissant de tribunaux administratifs, c'est avec souplesse qu'il convient d'appliquer les principes d'indépendance judiciaire. Cela dit, la décision de la Haute Cour de l'Ontario conserve son utilité. La remarque du juge Campbell, selon qui le tort qu'il y aurait à s'immiscer dans la démarche décisionnelle d'un membre de tribunal administratif est le même que le tort qu'il y aurait à s'immiscer dans la démarche décisionnelle d'un juge, est conforme à la réserve exprimée par le juge Gonthier dans l'arrêt *Tremblay*, lorsqu'il déclare, en préambule à sa décision que [à la page 964] «Les questions posées par l'intimé ne touchaient pas les motifs au fond ou leur élaboration dans la pensée des décideurs». Comme le juge Campbell, au niveau du préjudice à éviter, je ne vois aucune différence entre l'immixtion dans le processus décisionnel d'un juge et l'immixtion dans le processus décisionnel du membre d'un autre type de tribunal. Dans la mesure où la question met en jeu des droits, le tort ou préjudice anticipé est analogue¹³⁵.

Dans l'affaire *Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board*, la Cour divisionnaire de l'Ontario a été saisie, à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, d'une demande tendant à ce que les membres de la Commission des relations de travail de 85

The Court considered both a statutory provision purporting to grant Board members immunity from testifying and the effect of the Supreme Court's decision in *Tremblay*. The OLRB had issued a decision holding that Ellis-Don Ltd. was bound by the terms of a provincial agreement. The company obtained a copy of a draft award which indicated that Ellis-Don Ltd. was not bound, and learned that the OLRB's final decision had been taken following a full Board meeting. Ellis-Don Ltd. applied for judicial review of the decision on the grounds that the OLRB's procedure had violated fundamental justice, and sought to compel the chair, vice-chair and registrar of the OLRB to provide information with respect to the OLRB's procedures. The OLRB argued that section 111 of the Ontario *Labour Relations Act* provided the members with immunity from testifying.¹³⁷

l'Ontario (CRTO) soient appelés à témoigner au sujet de la décision qu'ils avaient prise en l'occurrence¹³⁶. La Cour s'est penchée à la fois sur la disposition légale censée accorder aux membres de la Commission une immunité de témoignage, et sur la portée de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Tremblay*. Selon la décision de la CRTO, Ellis-Don Ltd. était lié par les termes d'un accord provincial. La compagnie avait, cependant, obtenu copie d'un avant-projet de décision, selon lequel Ellis-Don Ltd. n'aurait pas été lié. Ayant appris que la décision définitive de la CRTO avait été prise suite à une réunion plénière de la Commission, Ellis-Don Ltd. sollicite le contrôle judiciaire de la décision, faisant valoir que la procédure suivie par la CRTO était contraire à la justice fondamentale, et demandant que le président, le vice-président et le registraire de la CRTO soient enjoins de fournir certains renseignements touchant les procédures de la CRTO. La CRTO a répondu que l'article 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario accordait à ses membres une immunité de témoignage¹³⁷.

86 Steele J. concluded that where a denial of natural justice was alleged, section 111 of the Ontario *Labour Relations Act* was not meant to deny the claimant the right to investigate whether or not he had been wronged, and ordered the members of the OLRB to submit to cross-examination. The Divisional Court overturned Steele J.'s decision, finding that the facts of the case were precisely governed by section 111. The Court held that section 111 should be given a broad and purposive construction, and that the term "testimony" was not confined to oral testimony. According to the Court, to construe section 111 otherwise would:

86 Le juge Steele a conclu que, dans un cas où l'on allègue un déni de justice naturelle, l'article 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario ne doit pas avoir pour effet de refuser au demandeur le droit de chercher à savoir si on lui a fait du tort. Il a ordonné aux membres de la CRTO de se soumettre à un contre-interrogatoire. La Cour divisionnaire a infirmé la décision du juge Steele, estimant que, justement, l'article 111 s'appliquait aux faits de l'affaire. Selon la Cour, il y avait lieu de donner à l'article 111 une interprétation libérale fondée sur l'objet même de la Loi, le mot «témoigner» ne s'entendant pas seulement de dépositions orales. Selon la Cour, toute autre interprétation de l'article 111:

... substantially undermine the purpose of s. 111 which is to insulate board officials from the distraction, the expenditure of time, and the potential intimidation associated with testifying about their board-related activities in other legal proceedings.¹³⁸

[TRADUCTION] ... nuirait à l'objet même de l'art. 111 qui est de mettre les membres de la Commission à l'abri des distractions, des pertes de temps et des tentatives éventuelles d'intimidation qui découleraient de l'obligation d'avoir à témoigner sur leurs activités au sein de la Commission dans le cadre d'autres procédures juridiques¹³⁸.

87 The applicant argued that it had adduced valid reasons for believing that the process followed by the Board failed to comply with natural justice, and that the veil of deliberative secrecy should be raised

87 Le requérant faisait valoir qu'il y avait de bonnes raisons de penser que la procédure suivie par la Commission n'était pas conforme à la justice naturelle, et que, selon l'arrêt rendu par la Cour suprême

in accordance with the decision of the Supreme Court in *Tremblay*. The Court held:

In our opinion, the facts of this case are precisely governed by s. 111. This provision, which was not present in *Tremblay*, *supra*, is designed to protect deliberative secrecy and guard against the chilling effect on the decision-making process which the potential of compellability to testify would engender. A legislature clearly has the jurisdiction to modify the common law requirements of natural justice. Here, it has specifically and clearly prohibited one way in which a party might seek to establish a breach of natural justice. An exception for natural justice cannot reasonably be read into the section without undermining to a substantial degree its central purpose.¹³⁹

88 Finally, the Court held that if the *Tremblay* approach did apply in this case, the evidence of a breach of the rules of natural justice was insufficient.

89 The respondent and intervenors argued before me that the effect of the collection, retention and eventual disclosure of the notes pursuant to the provisions of the *Privacy Act* was to compel the members to “give evidence” within the meaning of section 119 of the Code. I do not share this view. Nevertheless, section 119 illustrates Parliament’s intent to shield CLRB members from intrusions into the thought processes underlying their decision. As such, it supports the conclusion that I have reached to the effect that the notes are exempt from disclosure under paragraph 22(1)(b) of the Act.

3. The meaning of “personal information”—the scope of the *Privacy Act*

90 Against the foregoing conclusion, the applicant argued that the possibility that the notes in issue could be exempt from disclosure under paragraph 22(1)(b) had to be excluded as a pure matter of statutory interpretation. Specifically, it was argued at

dans l’affaire *Tremblay*, il convenait de lever le voile sur le secret du délibéré. La Cour a estimé que:

[TRADUCTION] En l’espèce, les faits relèvent nettement de l’art. 111. Cette disposition, qui n’a pas été évoquée dans l’arrêt *Tremblay*, précité, est censée protéger le secret du délibéré et éviter l’effet d’intimidation que risquerait d’avoir sur le processus décisionnel la possibilité d’être obligé de témoigner. Une législature a, il est clair, le pouvoir de modifier ce que la common law exige en matière de justice naturelle. En l’espèce, elle a manifestement et précisément écarté un des moyens qu’une partie pourrait invoquer pour démontrer une violation de la justice naturelle. On ne saurait, sans miner l’objet même de la disposition législative en question, l’interpréter comme créant une exception en ce qui concerne la justice naturelle¹³⁹.

La Cour a décidé que si, les principes formulés dans l’affaire *Tremblay* s’appliquaient effectivement en l’espèce, le requérant n’était pas parvenu à établir l’existence d’une violation des règles de justice naturelle.

L’intimé et les intervenants ont fait valoir devant moi que le rassemblement, la conservation et la divulgation éventuelle des notes en vertu des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* auraient pour effet d’obliger les membres à «déposer» au sens de l’article 119 du Code. Je ne suis pas de cet avis. Cela dit, il n’en demeure pas moins que l’article 119 illustre bien l’intention du législateur de mettre les membres du CCRT à l’abri de toute ingérence dans la démarche intellectuelle qui sous-tend leurs décisions. Cela confirme la conclusion à laquelle je suis parvenu et selon laquelle les notes en question ne sont pas soumises à l’obligation de communication au titre de l’alinéa 22(1)(b) de la Loi.

3. Ce qu’il faut entendre par «renseignements personnels»—la portée de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

En réplique à cette conclusion, le requérant soutient que, du simple point de vue de l’interprétation des lois, il faut écarter toute idée que les notes en question pourraient être exemptées de l’obligation de communication au titre de l’alinéa 22(1)(b). Il a, plus

the end of the reply¹⁴⁰ that since “accounts of consultations or deliberations” involving officers of a government institution are exempt from disclosure under the Access Act¹⁴¹ and no such exception exists under the *Privacy Act*, a clear inference must be drawn to the effect that the adjudicative privilege was not intended to guard information from disclosure under the *Privacy Act*. In my view, the inference to be drawn from the state of the legislation is, at best, neutral.

précisément, soutenu en fin de réplique¹⁴⁰ que, le «compte rendu des consultations ou des délibérations» auxquelles ont participé les agents d’une institution fédérale n’étant pas soumis à l’obligation de divulgation au titre de la *Loi sur l’accès à l’information*¹⁴¹, cette exemption ne figurant pas toutefois dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il faut conclure que le privilège décisionnel n’est pas censé soustraire ces renseignements à l’obligation de divulgation au titre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J’estime qu’une telle inférence va au-delà de ce qu’on peut affirmer.

91 What the exemption does show is that Parliament turned its mind to the adjudicative privilege for purposes of the Access Act and chose to respect it. The fact that the issue was ignored under the *Privacy Act* can be better explained by its lesser scope; it is not necessarily indicative of a legislative intent to cast aside the adjudicative privilege under that Act. Specifically, the Access Act has a significantly wider ambit than the *Privacy Act*. It makes accessible to any interested person¹⁴² all records under the control of government subject only to the specified exemptions. As it is intended to give access to “government information”,¹⁴³ and as that term is undefined, it operates under the statutory presumption that all such records contain information to which access is thereby given. It follows that under the Access Act, all records under the control of government are made accessible irrespective of what they may contain.¹⁴⁴ That is the context in which under the Access Act, the legislator decided to exempt from disclosure accounts of consultations and deliberations of decision makers recorded in the course of an adjudicative process.

L’exemption prévue démontre cependant, que, en ce qui concerne la *Loi sur l’accès à l’information*, le législateur a considéré le privilège décisionnel et a choisi de le respecter. Que la question soit passée sous silence dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s’explique plutôt par le champ plus réduit de ce deuxième texte; ce silence n’indique pas nécessairement que le législateur a voulu, dans cette Loi, écarter le privilège décisionnel. La *Loi sur l’accès à l’information* a, en effet, un champ d’application beaucoup plus étendu que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Sous réserve de certaines exemptions précises, la *Loi sur l’accès à l’information* met à la disposition de toute personne intéressée¹⁴² l’ensemble des dossiers relevant du gouvernement fédéral. Dans la mesure où cette Loi entend donner accès aux «documents de l’administration fédérale»¹⁴³, et que ce terme n’est lui-même pas défini, le texte se fonde sur l’hypothèse que tous ces documents contiennent des renseignements auxquels la Loi confère un droit d’accès. C’est dire que, selon la *Loi sur l’accès à l’information*, tous les dossiers relevant du gouvernement sont accessibles, quel que soit leur contenu¹⁴⁴. C’est dans ce contexte-là que, dans la *Loi sur l’accès à l’information*, le législateur a décidé d’exempter de l’obligation de divulgation le compte rendu des consultations et des délibérations des décideurs, consigné au cours du processus décisionnel.

92 In contrast, the *Privacy Act* has a much narrower scope. It only gives access to “personal information”, as that term is defined and provides access

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* a, elle, un champ d’application beaucoup plus restreint. Elle ne donne accès qu’aux «rensei-

only to the individual concerned. It follows that before even envisaging an exemption for accounts of consultations and deliberations of decision makers under the *Privacy Act*, the legislator would first have had to consider that such consultations and deliberations were capable of reflecting the type of information targeted by the *Privacy Act*. In my view, this is unlikely.

93 The term “personal information” is given a very wide meaning. Its definition encompasses “information” of a personal nature as that word is commonly understood¹⁴⁵ including that which relates to matters enumerated in section 3, but also extends to the “views” or “opinions”¹⁴⁶ held by an individual about someone else. Despite this far reaching definition, it is doubtful that anything expressed by a decision maker in the course of consultations or deliberations can be regarded as “personal information” about an individual. This is because nothing that is recorded by a decision maker in the course of deliberations is intended to inform. Furthermore, whatever the “views” or “opinions” expressed by a decision maker about someone in the course of deliberations, these cannot be said to be the “views” or “opinions” of the decision maker unless and until they find their way into the reasons which are eventually given for the decision.

94 The scheme of the *Privacy Act* supports the proposition that it is aimed at information that is intended to be used as such or that is at least capable of being used as such. Recorded consultations and deliberations are neither. The Act has two basic objectives, namely to protect the privacy of individuals, and to provide access to personal information about themselves held by government.¹⁴⁷ In order to achieve these objectives, the Act limits the collection of private information by government to what is necessary for its operations,¹⁴⁸ and where such information must be collected, it requires it to be “as accurate, up-to-date and complete as pos-

gnements personnels» et, aux termes de la définition qui en est donnée, n’en fournit l’accès qu’à l’individu concerné. Ainsi, avant même d’envisager, dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, une exemption en faveur du compte rendu des consultations et des délibérations des décideurs, il aurait fallu que le législateur estime que de telles consultations et de telles délibérations sont susceptibles de contenir le type de renseignement visé par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cela me paraît peu vraisemblable.

Un sens très large est donné à l’expression «renseignements personnels». Sa définition comprend «les renseignements» de nature personnelle, au sens où ce mot est généralement entendu¹⁴⁵, y compris les renseignements touchant des domaines énumérés à l’article 3. L’expression, cependant, s’entend aussi de «points de vue» ou d’«opinions»¹⁴⁶ qu’un individu entretient sur autrui. Malgré une définition aussi large, il est peu probable que puisse être considéré comme un «renseignement personnel» concernant un individu ce qu’un décideur pourrait exprimer au cours de consultations ou de délibérations. S’il en est ainsi, c’est que les choses consignées par un décideur dans le cadre de délibérations n’a pas pour objet d’informer. Qui plus est, et quels que soient les «points de vue» ou les «opinions» exprimés par un décideur à l’égard de quelqu’un au cours de délibérations, on ne peut pas dire qu’il s’agisse des «points de vue» ou des «opinions» du décideur, à moins que ces éléments ne se retrouvent éventuellement dans les motifs de la décision.

L’économie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* renforce l’idée que cette Loi vise des renseignements destinés à informer, ou du moins qui sont susceptibles d’un tel usage. Or, les consultations et les délibérations, telles qu’elles sont consignées, ne répondent à ni l’un ni l’autre de ces critères. La Loi a deux objets essentiels, à savoir la protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et le droit d’accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent¹⁴⁷. Dans cette optique, la Loi prévoit que le gouvernement ne recueillera, en matière de renseignements personnels, que ceux qui sont nécessaires

93

94

sible".¹⁴⁹ To ensure this result, the individual concerned is given access to information relating to him or her and is given the right to make corrections, or alternatively to insist that notations reflecting his or her point of view be attached to such information.¹⁵⁰

à son fonctionnement¹⁴⁸ et, là où de tels renseignements doivent effectivement être recueillis, elle exige que ces renseignements soient à jour, exacts et complets¹⁴⁹. À cette fin, on reconnaît à l'intéressé un droit d'accès aux renseignements qui le concernent, ainsi que le droit d'y apporter des corrections, ou d'insister pour que soient ajoutées à ces renseignements des mentions reflétant son point de vue¹⁵⁰.

95 Accounts of consultations and deliberations do not lend themselves to notations and corrections. They do not purport to be and cannot reasonably be viewed by anyone as "accurate" "up-to-date" or "complete" as to what they may reveal. Indeed, it is very doubtful that the complainant in this matter had any privacy concerns when he initiated his request for information. In his letter to the Privacy Commissioner he made it clear that he needed the information in order to assist him in pursuing his prolonged and involved litigation before the courts pertaining to the alleged violation of his rights under the Code.¹⁵¹ In this respect, the appeal process provided the complainant with an effective opportunity to correct any error of fact or opinion which might have been harboured by the Board in reaching its decision.¹⁵²

Or, un compte rendu de consultations ou de délibérations ne se prête guère aux mentions et aux corrections. Il ne prétend pas être, et ne peut pas raisonnablement être considéré comme «exact», «à jour» ou «complet» quant à ce qu'il contient. Qu'il nous soit d'ailleurs permis de douter qu'en l'espèce, le plaignant, en déposant sa demande d'accès, se soit vraiment soucié des renseignements personnels le concernant. Dans sa lettre au Commissaire à la protection de la vie privée, il a clairement fait savoir que s'il avait besoin des renseignements en question, c'était pour poursuivre l'action longue et compliquée qu'il avait intentée devant les tribunaux pour violation des droits que lui garantit le Code¹⁵¹. À cet égard, la procédure d'appel offrait au plaignant un moyen efficace de corriger toute erreur de fait ou d'opinion que le Conseil aurait pu retenir dans le cadre de sa décision¹⁵².

96 In my view, therefore, the absence of an exemption in the *Privacy Act* for accounts of consultations and deliberations involving decision makers is not necessarily evocative of a desire to do away with the adjudicative privilege under that Act. It is more likely that the legislator simply did not envisage that accounts of consultations and deliberations were susceptible of containing "information", let alone "personal information" as that term is defined under the *Privacy Act*.

J'estime donc que, si la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne prévoit, en effet, aucune exemption à l'égard du compte rendu des consultations et des délibérations auxquelles prennent part des décideurs, ce n'est pas nécessairement par volonté d'écarter, dans le cadre de la Loi, le privilège décisionnel. Il est plus probable que le législateur n'a tout simplement pas estimé qu'un compte rendu de consultations et de délibérations soit susceptible de contenir des «renseignements», et moins encore des «renseignements personnels» aux termes de la définition qu'en donne la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

97 Before leaving this issue, it is significant that while accounts of consultations and deliberations of decision makers in the exercise of a discretionary power were exempted from disclosure under the Access Act, notes of decision makers taken in the

Avant d'aborder une autre question, notons que si, aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*, le compte rendu d'une consultation ou d'une délibération, consigné par le décideur dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, n'est pas soumis à l'obliga-

course of a hearing, such as the ones in issue, were not.¹⁵³ Yet, hearing notes are as intimately linked to the adjudicative privilege as are consultations and deliberations amongst decision makers. While this omission may be the result of an oversight, I rather think that hearing notes were not brought under the exemption because they are not, in the normal course, thought to be “under the control” of government. That is the second issue of statutory construction involved in this matter to which I now turn.

4. Are the notes under the control of the CLRB?

98 As a preliminary matter, I note that the expression “under the control of a government institution” is used under both the *Privacy Act* and the *Access Act* for identical purposes, i.e. identifying that which is subject to the Act in both instances. As such, both statutes adopt an identical methodology for identical purposes. The expression “under the control of a government institution” must therefore be given the same meaning under both statutes. It follows that, as a practical matter, if the notes in issue are “under the control” of government for privacy purposes, they would also be “under the control” of government for access to information purposes.¹⁵⁴

99 The applicant first contends that the mere fact that the notes were “retrieved” and “reviewed” by the CLRB is evidence of its control over them. I disagree. As indicated earlier, the notes were produced for review on a “without prejudice” basis in the hope that the Commissioner might abandon their pursuit. According to the evidence, this review took place after the respondent had obtained the consent of the members. The fact that in this context the CLRB was able to produce the notes for review does not establish its control over them, and for the Commissioner to suggest otherwise in circumstances where he himself arranged for the review to take place on a “without prejudice” basis in the hope that he might thereafter abandon the claim borders on deception. I therefore do not accept the contention

tion de divulgation, les notes prises par les décideurs au cours d’une audience, telles que les notes ici en cause, ne bénéficient pas, elles, d’une telle exemption¹⁵³. Les notes d’audience sont pourtant intimement liées au privilège décisionnel, comme le sont les consultations et délibérations auxquelles participent les décideurs. Cette omission peut être due à un oubli, mais j’estime plutôt que si les notes d’audience ne figurent pas dans le cadre de l’exemption c’est qu’on ne considère pas, normalement, qu’elles «relèvent» du gouvernement. Et c’est là le second problème d’interprétation des lois que j’aborde maintenant.

4. Les notes relèvent-elles du CCRT?

98 Je note d’emblée que, tant dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que dans la *Loi sur l’accès à l’information*, l’expression «relèvent d’une institution fédérale» est utilisée, dans un même but, c’est-à-dire pour identifier, dans les deux cas, ce qui est visé. Les deux lois retiennent ainsi des moyens identiques au service d’objectifs identiques. L’expression «relèvent d’une institution fédérale» doit donc être interprétée de la même manière dans les deux lois. C’est dire que, si les notes en question «relèvent» du gouvernement aux fins de la protection des renseignements personnels, elles «relèvent» également du gouvernement aux fins de l’accès à l’information¹⁵⁴.

99 Le requérant soutient, en premier lieu, que le simple fait que les notes aient été «récupérées» et «examinées» par le CCRT, démontre qu’elles relèvent bien de cet organisme. Je ne suis pas de cet avis. Rappelons que les notes ont été produites pour être soumises à un examen «sans préjudice», dans l’espoir que le Commissaire cesserait de les réclamer. Selon la preuve produite devant la Cour, il ressort que cet examen a eu lieu après que l’intimé eut obtenu le consentement des membres. Le fait que le CCRT ait pu, dans ce contexte, produire les notes en vue de leur examen n’établit pas qu’il en ait eu le contrôle, et le fait que le Commissaire affirme le contraire, alors qu’il avait lui-même convenu que l’examen aurait lieu «sans préjudice», frise la mauvaise foi. Je rejette donc l’argument selon

that control has been established because “in any event, the notes in this case have been retrieved and reviewed”.¹⁵⁵

100 The applicant otherwise correctly submits that the word “control” should be construed as broadly as possible so as to best attain the objects of the Act. That indeed has been the guiding line of the case law up to date. In *Ottawa Football Club*¹⁵⁶ a case under the Access Act, Strayer J. (as he then was) used the word “control” interchangeably with the word “custody”. The issue in that case was whether the fact that information had been provided to a government institution, under an express reservation of confidentiality was a barrier to access. Strayer J. stated:

The plain meaning of the language employed in the Act does not suggest that “information”, “government information”, or “record under the control” of the Government must be limited by some test as to how and on what terms the information or record came into the hands of the Government. That is the kind of qualification which the CFL is asking me to create. I can find no basis for doing so. The plain meaning of subsections 2(1) and 4(1) as quoted above is that the Act gives access, subject to many exceptions, to any record, or information in a record, which happens to be within the custody of the government regardless of the means by which that custody was obtained. That is surely the interpretation which is also most consistent with the purpose of the Act. The interpretation advanced by the CFL on the other hand, appears to be inconsistent with paragraph 20(1)(b) which it also relies on: that paragraph obviously assumes that “confidential information supplied to a government institution by a third party” is *prima facie* within the definition of “record” to which access would otherwise be available were it not for the possible protection of this paragraph. In other words, this exception proves the rule that confidential material supplied by a third party to the Government can form all or part of a “record under the control of a government institution”.¹⁵⁷

101 The information in question had been supplied by the CFL to the Minister of Fitness and Amateur Sports with the view of obtaining financial or other relief to ensure its survival, a function which properly fell within the jurisdiction of the Minister concerned.

lequel il a été démontré que les notes relevaient du CCRT puisque «en tout état de cause, les notes ont en l’espèce été récupérées et examinées»¹⁵⁵.

C’est par ailleurs avec justesse que le requérant 100 fait valoir que le mot «relevant» doit être interprété de manière aussi large que possible afin de servir au mieux l’objet même de la Loi. C’est effectivement le principe retenu jusqu’ici par la jurisprudence. Dans l’affaire *Ottawa Football Club*¹⁵⁶, affaire portant sur la *Loi sur l’accès à l’information*, le juge Strayer (maintenant à la Cour d’appel fédérale) ne relève aucune distinction entre les «documents de l’administration fédérale» et les documents qui seraient, pour s’exprimer autrement, «en sa possession». Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si le fait qu’un renseignement ait été fourni à une institution fédérale, à la condition expresse qu’il serait tenu pour confidentiel, en empêchait l’accès. Le juge Strayer a déclaré:

La signification évidente du libellé de la Loi ne laisse pas entendre que les «renseignements», «les documents de l’administration fédérale» et les «documents» du gouvernement doivent être soumis à un test visant à établir comment le gouvernement les a obtenus et à quelles conditions. Or, c’est cette sorte de limite que la LCF me demande de créer. Je ne vois aucune raison de le faire. Il ressort clairement des paragraphes 2(1) et 4(1) précités que la Loi donne accès, sous réserve de plusieurs exceptions, aux documents de l’administration fédérale et aux renseignements qu’ils peuvent contenir, nonobstant la façon dont l’administration en a eu possession. C’est sûrement aussi l’interprétation la plus conforme à l’objet de la Loi. D’autre part, l’interprétation proposée par la LCF ne semble pas conforme à l’alinéa 20(1)(b) sur lequel elle s’appuie aussi: cet alinéa laisse évidemment présumer que des «renseignements . . . fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle» sont visés *prima facie* par la définition du mot «documents» par ailleurs susceptibles de communication n’était-ce la protection possible prévue par l’alinéa en cause. En d’autres mots, cette exception confirme la règle que les documents confidentiels fournis au gouvernement par un tiers peuvent former la totalité ou une partie des «documents des institutions fédérales»¹⁵⁷.

Le renseignement en question avait été fourni par 101 la LCF au ministre de la Condition physique et du sport amateur afin d’obtenir une aide, notamment financière, devant lui permettre de se maintenir en activité, question relevant effectivement de la compétence du ministre.

102 In *Montana Band*,¹⁵⁸ another access case, it was argued that financial statements provided by the Band to the Minister of Indian Affairs by virtue of a statutory requirement remained out of government control in light of the fiduciary relationship which existed between the Band and the Minister. Jerome A.C.J. held that the documents remained “under the control” of government despite the fiduciary relationship. He said:

While the Bands understandably find it repugnant that their private records could be made the subject of an access to information request, the fact remains that, because of the reporting requirements, copies of their financial statements are under government control.¹⁵⁹

103 In so stating, Jerome A.C.J. again referred to the fact that the information in issue had been placed in the hands of government in the fulfilment of its statutory mandate.

104 The extent and ambit of the words “under the control” of government was again canvassed by the Court of Appeal in *Canada Post*.¹⁶⁰ The issue in that case was whether documents compiled by Public Works Canada for its use in providing property management and related services as agent of its principal, Canada Post Corporation were “under the control” of government. Létourneau J.A., responding to a strong dissent by Marceau J.A., concluded that the documents in question were under the control of Public Works Canada:

The notion of control referred to in subsection 4(1) of the *Access to Information Act* (the Act) is left undefined and unlimited. Parliament did not see fit to distinguish between ultimate and immediate, full and partial, transient and lasting or “*de jure*” and “*de facto*” control. Had Parliament intended to qualify and restrict the notion of control to the power to dispose of the information, as suggested by the appellant, it could certainly have done so by limiting the citizen’s right of access only to those documents that the Government can dispose of or which are under the lasting or ultimate control of the Government.

Dans l’affaire *Bande indienne de Montana*¹⁵⁸, 102 autre affaire d’accès à l’information, on faisait valoir que les états financiers fournis par la bande au ministre des Affaires indiennes, en vertu d’une obligation légale, ne relevaient pas du gouvernement étant donné le rapport fiduciaire liant le ministre à la bande. Le juge en chef adjoint Jerome a estimé que, malgré le rapport fiduciaire, les documents en question étaient «des documents des institutions fédérales». Il a ainsi déclaré que:

Alors que l’on peut comprendre que la bande trouve répugnant que leurs dossiers personnels fassent l’objet d’une demande d’accès à l’information, le fait demeure qu’étant donné les exigences de communication, une copie de leurs états financiers constitue des documents des institutions fédérales¹⁵⁹.

Le juge en chef adjoint Jerome a également rap- 103 pelé que les renseignements en question avaient été transmis au gouvernement en raison d’une mission fixée par la loi.

Dans l’affaire *Société canadienne des postes*¹⁶⁰, la 104 Cour d’appel a une nouvelle fois eu l’occasion de se pencher sur la portée de l’expression «relevant d’une institution fédérale». Il s’agissait de dire si «relevaient» du gouvernement fédéral les documents rassemblés par le ministère des Travaux publics dans le cadre d’une mission qu’il remplissait en tant qu’agent, auprès de la Société canadienne des postes, son commettant. Cette mission comprenait une activité de conseil, notamment en matière de gestion d’immeubles. Le juge Létourneau, de la Cour d’appel, en réponse à une vigoureuse opinion dissidente de son confrère le juge Marceau, a conclu que les documents en question relevaient effectivement du ministère des Travaux publics du Canada:

L’expression «relevant de» («*control*») que l’on trouve au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* (la Loi) constitue une notion qui n’est pas définie et qui n’est assujettie à aucune limite. Le législateur fédéral n’a pas jugé bon d’établir une distinction entre les documents «relevant d’» une institution fédérale («*under the control of*») de façon ultime ou immédiate, complète ou partielle, temporaire ou permanente ou «*de jure*» ou «*de facto*». Si, comme l’affirme l’appelante, le législateur fédéral avait voulu nuancer la notion véhiculée par l’expression «relevant de» ou la restreindre au pouvoir de disposer des documents, il aurait certainement pu le faire en limitant le

It is, in my view, as much the duty of courts to give subsection 4(1) of the *Access to Information Act* a liberal and purposive construction, without reading in limiting words not found in the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature as “[i]t is the duty of boards and courts,” as Chief Justice Lamer of the Supreme Court of Canada reminded us in relation to the *Canadian Human Rights Act*, “to give s. 3 a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature.” As a general rule, “[I]n reading a statute words should not be added or deleted and the reader should not try to fill the gaps he thinks he sees.” It is not in the power of this Court to cut down the broad meaning of the word “control” as there is nothing in the Act which indicates that the word should not be given its broad meaning. On the contrary, it was Parliament’s intention to give the citizen a meaningful right of access under the Act to government information. As Lord Halsbury L.C. said in *Bank of England v. Vagliano Brothers*:

It seems to me that, construing the statute by adding to it words which are neither found therein nor for which authority could be found in the language of the statute itself, is to sin against one of the most familiar rules of construction. [Underlining in original text, footnotes omitted.]¹⁶¹

105 Marceau J.A. had concluded that the words “under the control” meant more than mere custody or possession. His conclusion was based on an essential finding of fact, namely that the records in issue had not come into the possession of Public Works Canada in the course of the performance of any of its statutory functions. That is the context in which he stated that to equate “control” with “possession”:

... could lead to absurd results, as it would fail to catch records belonging to the Government but left in the hands of an outside custodian, but it would make subject to the Act documents falling into the hands of the institution by accident or illegally (as in the case of an illegal seizure).¹⁶²

Bearing these observations in mind, Marceau J.A. went on to conclude:

droit d'accès des citoyens aux seuls documents dont l'administration fédérale peut disposer ou qui relèvent ultimement ou de façon durable d'elle.

À mon avis, il incombe tout autant aux cours de justice de donner au paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, sans ajouter des termes restrictifs qui ne se trouvent pas dans la Loi ou autrement contourner la volonté du législateur, qu'«il incombe aux commissions et aux cours de justice», ainsi que le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada nous l'a rappelé au sujet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. «de donner à l'art. 3. une interprétation libérale et fondée sur l'objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner la volonté de la législature». En règle générale, «lorsqu'on interprète une loi, on ne doit pas y ajouter ou supprimer des mots et le lecteur ne devrait pas essayer de combler les lacunes qu'il pense voir». La Cour n'a pas le pouvoir de limiter le sens large de l'expression «relevant de» («control»), étant donné qu'il n'y a rien dans la Loi qui indique qu'on ne devrait pas donner son sens large à cette expression. Au contraire, le législateur fédéral voulait conférer par la loi aux citoyens un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale. Ainsi que le lord juge Halsbury l'a déclaré dans l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Brothers*:

[TRADUCTION] Il me semble que le fait d'interpréter la loi en y ajoutant des mots qu'on n'y trouve pas ou que le libellé de la loi elle-même n'autorise pas à y trouver contrevient à une des règles d'interprétation les plus connues. [Souligné dans l'original, les renvois ont été omis]¹⁶¹.]

Le juge Marceau, avait conclu que le mot «relevant» signifiait plus que la simple garde ou possession. Son avis à cet égard était fondé sur une conclusion de fait essentielle, à savoir que le ministère des Travaux publics n'avait pas acquis les documents en question dans le cadre des fonctions que lui confie la loi. Voici le contexte dans lequel, selon lui, le fait de confondre les expressions «en la possession de» et «relevant de»:

... pourrait conduire à des résultats absurdes, étant donné qu'elle ne viserait pas les documents qui appartiennent à l'administration fédérale mais qui ont été confiés à un gardien extérieur, alors qu'elle s'appliquerait à des documents se retrouvant entre les mains d'une institution par accident ou illégalement (comme dans le cas d'une saisie illégale)¹⁶².

Cela étant, le juge Marceau conclut plus loin que:

... an institution may be said to have control over some record or information, and not only to be in possession thereof, when it can consider the information or record as its own so that it can keep it or dispose of it without regard to its nature or content and notwithstanding any objection of the individual concerned. And this, in my judgment, is realized only when the records have been compiled or created by the institution in the course of executing its official duties. [Underlining in original text.]¹⁶³

Compte tenu de ces observations initiales, il me semble que l'on peut dire qu'un document ou un renseignement relève d'une institution—et non seulement qu'il se trouve en sa possession—si cette institution peut considérer que le renseignement ou le document en question lui appartient de sorte qu'elle peut le conserver ou en disposer indépendamment de sa nature ou de son contenu et malgré toute objection formulée par la personne concernée. Et, à mon sens, ces conditions ne sont réunies que lorsque le document a été constituée ou créé par l'institution dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles. [Souligné dans l'original]¹⁶³.]

106 It is noteworthy that the majority decision is based on the finding that the factual basis which underlies the decision of Marceau J.A. was wrong. Indeed, after noting that Public Works Canada had possession and custody of the records, Létourneau J.A. found as a fact that the records had been collected by Public Works Canada “in the performance of its official duties”.¹⁶⁴ Keeping the foregoing in mind, the decision of the Court of Appeal stands for the proposition that records accumulated by a government institution are “under the control” of that institution irrespective of the nature or type of control being exercised over them, so long as they are held by the institution in the course of the performance of its statutory functions.¹⁶⁵

Il est intéressant de noter que le juge Létourneau, 106 dans sa décision majoritaire, considère les faits sur lesquels se fonde l'opinion du juge Marceau comme étant erronés. En effet, après avoir relevé que le ministère des Travaux publics avait à la fois la possession et la garde des dossiers en question, le juge Létourneau a conclu que le ministère des Travaux publics avait effectivement recueilli les dossiers en question «dans l'exécution de ses fonctions officielles»¹⁶⁴. Le jugement de la Cour d'appel signifie ainsi que les dossiers amassés par une institution fédérale «relèvent» de cette institution, quelle que soit par ailleurs la nature du contrôle qu'elle exerce dans la mesure où elle détient lesdits dossiers dans l'exercice de ses fonctions officielles¹⁶⁵.

107 It is apparent from the facts underlying the authorities on the meaning of the word “control”, that the information in issue in each case had come under the control and/or custody of the government institutions in the course of the fulfilment of their respective statutory functions. Information coming under the control of government in that manner is the obvious class of information which Parliament intended to make accessible when it enacted the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.¹⁶⁶

Il ressort clairement des faits retenus par la juris- 107 prudence pour préciser le sens à donner au mot «relevant», que dans chaque cas les renseignements en question étaient parvenus sous le contrôle et (ou) la garde des institutions fédérales dans l'exercice des fonctions que leur confiait la loi. Les renseignements qui parviennent au gouvernement de cette manière-là constituent à l'évidence la catégorie d'information à laquelle le législateur a entendu donner accès en adoptant la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁶⁶.

108 I now turn to the record before me in so far as it pertains to the notes in issue and the control that was exercised over them. It is clear that there is no requirement either in the *Canada Labour Code*, or in the CLRB policy or procedure touching upon the notes. The notes are viewed by their authors as their own. The CLRB members are free to take notes as and when they see fit, and indeed may simply

Abordons maintenant le dossier dont est saisie la 108 Cour et, plus précisément, les notes qui sont ici en cause et la question de savoir de qui elles relèvent. Il est évident que ni le *Code canadien du travail*, ni la politique et les procédures du CCRT, ne renferment de règle relative à ces notes. Les notes sont considérées par leurs auteurs comme quelque chose leur appartenant. Les membres du CCRT sont entières

choose not to do so. The notes are intended for the eyes of the author only. No other person is allowed to see, read or use the notes, and there is a clear expectation on the part of the author that no other person will see the notes.¹⁶⁷ The members maintain responsibility for the care and safe keeping of the notes and can destroy them at any time. Finally, the notes are not part of the official records of the CLRB and are not contained in any other record keeping system over which the CLRB has administrative control.

rement libres de prendre des notes, là où ils estiment que c'est indiqué, et ils peuvent aussi bien choisir de ne pas en prendre. Les notes sont destinées à n'être lues que par leur auteur. Nulle autre personne n'est autorisée à voir, à lire ou à utiliser ces notes, et leur auteur s'attend manifestement à ce que personne d'autre ne les voie¹⁶⁷. Les membres restent responsables de la conservation et de la sauvegarde de leurs notes et peuvent à tout moment les détruire. Les notes, enfin, ne font pas partie des archives officielles du CCRT, et ne sont versées dans aucun fichier sur lequel le CCRT exercerait un contrôle administratif.

109 In my view, it is apparent from the foregoing that however broadly one construes the word control, the notes in issue were not "under the control" of the CLRB within any of the meanings that can be attributed to that term. Not only are the notes outside the control or custody of the CLRB but they are also considered by the CLRB to fall outside the ambit of its functions.

Il en ressort d'après moi que, même en interprétant de manière libérale le mot «relevant», on ne peut pas dire que les notes en question «relèvent» du CCRT. Non seulement ces notes sont-elles hors du contrôle ou de la garde du CCRT, mais le CCRT lui-même considère que ces notes se situent en dehors de ses fonctions officielles. 109

110 Nevertheless, the record does suggest that the notes in question were kept by the members either at the office or at home, but most likely at the office.¹⁶⁸ A question therefore arises as to whether the mere fact that the notes may have been kept by the members on the premises of the CLRB could result in the Board having "control" over them as that word is used in paragraph 12(1)(b) of the Act.

Le dossier indique pourtant que les notes en question étaient conservées par les membres du Conseil, soit dans leur bureau, soit chez eux, mais plus probablement au bureau¹⁶⁸. Cela porte à se demander s'il ne découlerait pas, du simple fait que les notes ont pu être conservées par les membres dans les locaux du CCRT, que ces notes «relèvent» effectivement du Conseil, au sens donné à ce terme par l'alinéa 12(1)(b) de la Loi. 110

111 I do not believe so. Admittedly, the fact that records are left or kept on the government institution's premises allows for a *de facto* intrusion into these records by the institution. But that does not bring the records within the "control" of the institution as these words are used in paragraph 12(1)(b) of the Act. What is contemplated is control in any form so long as it is exercised in a lawful fashion.¹⁶⁹ It is inconceivable that the *Privacy Act* could compel a government institution to intrude into the records of a third party in breach of that person's right to privacy in order to satisfy the privacy rights of others.

Je ne crois pas qu'il en soit ainsi. S'il est vrai que, dans la mesure où des dossiers sont laissés ou conservés dans les locaux d'une institution fédérale, celle-ci a la possibilité *de facto* d'en prendre connaissance, cela ne veut pas dire que les dossiers en question «relèvent» de l'institution au sens de l'alinéa 12(1)(b) de la Loi. Le texte s'entend bien d'un contrôle, quel qu'il soit, mais d'un contrôle qui s'exerce en vertu de règles de droit¹⁶⁹. Il est inconcevable d'invoquer la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour contraindre une institution fédérale à faire intrusion dans le dossier d'un tiers, violant ainsi son droit à la vie privée, uniquement en réponse aux droits invoqués par un individu en matière de protection des renseignements personnels. 111

112 In its supplementary record by way of reply, the applicant further argued that even if the CLRB did not exercise control over the notes, it could nevertheless be expected to have exercised control over the notes in the ordinary course of conducting its operations. According to the applicant, that in itself is sufficient to constitute “control” over the notes.¹⁷⁰ In this respect the applicant points out that the word “control” is defined as “the power to direct”.¹⁷¹ Paragraphs 15(a) and 15(q) of the Code are also relied upon. They provide the CLRB with the power to make regulations respecting:

15. . . .

(a) the establishment of rules of procedure for its hearings;

. . .

(q) such other matters and things as may be incidental or conducive to the proper performance of the duties of the Board under this Part.

According to the applicant, the CLRB could and should have relied on the foregoing provisions to assert control over the notes.

113 If the CLRB has chosen not to make regulations asserting governance or any form of control over the notes of its members, it is obviously because such a course of action was not considered to be conducive to the proper performance of its duties. I also doubt that the imposition of note-taking by the CLRB on its members or the exercise of some other form of control over them properly comes within the ambit of the CLRB’s rule making authority in so far as it relates to “procedure for its hearings”.

114 But be that as it may, the fact is that the CLRB does not purport to have and has not exercised any control over the notes be it *de facto* or *de jure*. This state of affairs is entirely consistent with the practice of administrative tribunals which itself is based on the practice of the judiciary. There is nothing which suggests that this practice is in any way inconsistent with the Code and in particular, no basis for the suggestion that the CLRB is somehow failing to exercise jurisdiction over the notes. I therefore come

Dans son dossier complémentaire, produit en 112 réplique, le requérant fait également valoir que, même si le CCRT n’exerçait aucune autorité officielle sur les notes en question, on pouvait s’attendre néanmoins à ce qu’il ait exercé un certain contrôle sur les notes dans le courant de ses activités ordinaires. Cela suffit, selon le requérant, pour que les notes en question «relèvent» du Conseil¹⁷⁰. Sur ce point, le requérant fait remarquer que le mot «relever» s’entend du «pouvoir de régir»¹⁷¹. Les alinéas 15(a) et 15(q) du Code sont également invoqués. Ils confèrent au CCRT le pouvoir d’adopter des règlements concernant:

15. . . .

a) l’établissement de règles de procédure pour ses auditions;

. . .

q) toute mesure utile ou connexe à l’exécution de la mission qui lui est confiée par la présente partie.

D’après le requérant, le CCRT pouvait, et aurait dû, invoquer ces dispositions pour asseoir son autorité sur les notes.

Si le CCRT a choisi de ne pas établir de règlements affirmant son pouvoir ou son autorité sur les notes prises par ses membres, c’est sans doute parce qu’une telle démarche n’était pas considérée comme propice à la bonne exécution des tâches qui lui incombent. Je doute également que le fait d’imposer à ses membres qu’ils prennent des notes, ou de les soumettre à quelqu’autre forme de contrôle, relève du pouvoir qu’a le CCRT de régler le déroulement de ses audiences.

Quoi qu’il en soit, c’est un fait que le CCRT ne 114 revendique sur les notes aucune autorité, *de facto* ou *de jure*, et qu’il n’a effectivement exercé aucun contrôle sur ces documents. Cette situation est d’ailleurs parfaitement conforme à la pratique des tribunaux administratifs, pratique elle-même inspirée par la pratique des tribunaux judiciaires. Rien ne permet d’affirmer que cette pratique est contraire au Code et, en particulier, rien ne permet d’affirmer que le CCRT aurait failli au devoir qui lui aurait incombé

to the conclusion that the notes in issue are not “under the control” of the CLRB for purposes of paragraph 12(1)(b) of the *Privacy Act*.

5. Closing comments

115 In the written material filed by the Commissioner in this matter it is stated that the disclosure of the notes in issue could “promote the administration of justice” by encouraging decision makers to “respect the taking of notes”.¹⁷² The Commissioner’s view is that decision makers should be compelled to take notes and government should assume control over these notes, thereby generating personal information banks available for review, correction and notation under his auspices. The potential disclosure of these notes to the individuals concerned could, according to the Commissioner, “enhance the persuasiveness of the Board’s decision-making process” and “encourage early settlement of the issues”.¹⁷³

116 With respect, I believe that the Commissioner failed to appreciate the competing interest which militates against the disclosure that he is seeking in this matter, and ventured outside his area of expertise in taking the position that he did. The freedom which a decision maker must have to take notes is not intended “for the comfort of the Board members” as the Commissioner seems to think.¹⁷⁴ Rather it is an integral component of the duty of decision makers to decide matters before them freely and independently, as best they can without any restrictions, pressures or interferences from anyone or for any reason.

117 The Commissioner, without relying on any authority, simply chose to disregard the long established judicial practice which guards decision makers from intrusion into the thought process leading to their decision. He did so on the basis that, in his view, this practice was unnecessary and indeed harmful to the proper functioning of our legal system and despite the clear pronouncements of the courts which

d’exercer son autorité sur les notes. J’en conclus que les notes en question ne «relèvent» pas du CCRT aux fins de l’alinéa 12(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

5. Observations finales

D’après la documentation versée au dossier par le 115 Commissaire, la divulgation des notes en question pourrait «favoriser l’administration de la justice» en encourageant les décideurs à «respecter cette partie de leur activité qui consiste à prendre des notes»¹⁷². Le Commissaire estime que les décideurs devraient être tenus de prendre des notes, et que le gouvernement devrait avoir autorité sur celles-ci, ce qui entraînerait la création de fichiers de renseignements personnels susceptibles d’être examinés, corrigés ou annotés sous sa direction. L’éventuelle divulgation de ces notes à l’individu concerné pourrait même, selon le Commissaire, «accroître la considération qui s’attache au processus décisionnel du Conseil» et «favoriser le règlement rapide des contentieux»¹⁷³.

J’estime, en toute déférence, que le Commissaire 116 n’a pas tenu compte des intérêts qui plaident contre la divulgation qu’il sollicite en l’espèce, et que la position qu’il a prise l’a porté à s’aventurer hors de son domaine particulier de connaissance. La liberté dont doit jouir un décideur au niveau des notes qu’il peut prendre, n’est pas là pour «la commodité des membres du Conseil», comme semble le croire le Commissaire¹⁷⁴. Il s’agit, au contraire, d’un élément essentiel des fonctions confiées aux décideurs, fonctions qui consistent à trancher en toute liberté et en toute indépendance les questions dont ils sont saisis, et cela au mieux de leurs capacités et sans aucune restriction, pression ou ingérence de la part de qui que ce soit, ou pour quelque motif que ce soit.

Ne pouvant pas en l’espèce se fonder sur la juris- 117 prudence, le Commissaire a tout simplement choisi de ne pas tenir compte d’une pratique judiciaire de longue date qui met les décideurs à l’abri de toute ingérence dans le processus intellectuel par lequel ils aboutissent à leurs décisions. C’est qu’il estime cette pratique superflue et comme nuisant même au bon fonctionnement de notre système de droit, et cela

are primarily concerned with the due process of law. In professing to know how to better run the legal system, I believe that the Commissioner lost sight of the purpose and the limits which are inherent in his own legislation.

118 For these reasons, the application is dismissed with costs.

¹ R.S.C., 1985, c. P-21 (hereinafter the *Privacy Act* or the Act).

² R.S.C., 1985, c. L-2 (hereinafter the Code). S. 97 [as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 2] states:

97. (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 contravened or failed to comply with subsection 24(4) or 34(6) or section 37, 50, 69, 94 or 95; or

(b) any person has failed to comply with section 96.

³ S. 37 of the Code states:

37. A trade union or representative of a trade union that is the bargaining agent for a bargaining unit shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees in the unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them.

⁴ *Gilles Charlebois* (1993), 91 di 14 (C.L.R.B.), at p. 25 (hereinafter CLRB reasons). Mr. Charlebois applied to the Federal Court of Appeal for judicial review (by originating notice dated March 3, 1993) pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)]. The application for judicial review was dismissed by the Court of Appeal on April 26, 1994: *Charlebois v. Amalgamated Transit Union, Local 279 et al.* (1994), 169 N.R. 144 (F.C.A.). The Court of Appeal stated, at p. 145 that:

The grounds upon which this court may undertake a review of the Board's decision of February 3, 1993, are limited by s. 22(1) of the Code.

...

It is not suggested that there was in the Board's handling of the complaint a denial of natural justice or that the Board acted, or failed to act, by reason of fraud. Neither is it contended that the Board lacked jurisdiction to hear and determine the applicant's complaint.

malgré l'avis clairement manifesté des tribunaux judiciaires qui attachent une importance particulière à l'équité procédurale. J'estime qu'en prétendant améliorer le fonctionnement de notre système de droit, le Commissaire a perdu de vue l'objet et les limites des textes qui lui sont applicables.

Par ces motifs, la demande est rejetée avec dé- 118 pens.

¹ L.R.C. (1985), ch. P-21 (ci-après citée soit sous cette forme soit sous celle de Loi).

² L.R.C. (1985), ch. L-2 (ci-après appelé le Code). L'art. 97 [mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 2] dispose que:

97. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), toute personne ou organisation peut adresser au Conseil, par écrit, une plainte reprochant:

a) soit à un employeur, à quiconque agit pour le compte de celui-ci, à un syndicat, à quiconque agit pour le compte de celui-ci ou à un employé d'avoir manqué ou contrevenu aux paragraphes 24(4) ou 34(6) ou aux articles 37, 50, 69, 94 ou 95;

b) soit à une personne d'avoir contrevenu à l'article 96.

³ Le Code, en son art. 37, dispose que:

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

⁴ *Gilles Charlebois* (1993), 91 di 14 (C.C.R.T.), à la p. 25 (ci-après dénommé motifs du CCR.T.). M. Charlebois a déposé devant la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire (par avis de requête introductive d'instance en date du 3 mars 1993) conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)]. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée par la Cour d'appel le 26 avril 1994: *Charlebois c. Le Syndicat uni du transport, section locale 279 et al.* (1994), 169 N.R. 144 (C.A.F.). À la p. 145 de ses motifs, la Cour d'appel a déclaré que:

Les moyens sur lesquels cette Cour peut se fonder pour entreprendre un contrôle judiciaire de la décision du Conseil prise le 3 février 1993 sont limités par l'art. 22(1) du Code.

...

Le requérant ne prétend pas que, dans sa façon de traiter la plainte, le Conseil a commis un déni de justice naturelle ou qu'il a agi, ou s'est abstenu d'agir, par fraude. Il ne soutient pas non plus que le Conseil n'était pas compétent pour instruire et juger sa plainte.

The only question, therefore, is whether the Board committed an error in exercising its jurisdiction, such as entitles this Court to intervene. Put another way, was the Board's interpretation of s. 37 patently unreasonable in the sense that it is "clearly irrational"? . . . We are urged to set aside the decision on the ground, essentially, that the Board misinterpreted s. 37 of the **Code**, by concluding that the Union's decision-making process under its constitution for determining whether a grievance should be sent to arbitration, did not run afoul of any of the provisions of that section.

In our view, no basis has been shown why this court should interfere with the Board's decision. [Footnotes omitted.]

In addition to applying for judicial review of the Board's decision, Mr. Charlebois sought reconsideration of his complaint by the Board. The matter was reconsidered by the original panel, and by letter dated May 27, 1994, the Board concluded that:

In the final analysis, there is nothing in the review submissions which have been placed before the panel that would cause it to alter its original decision. This review application is therefore dismissed.

Mr. Charlebois applied for leave to appeal the decision of the Court of Appeal to the Supreme Court of Canada. This application was dismissed on January 12, 1995 [[1995] 1 S.C.R. vi]. Mr. Charlebois' efforts to seek the judicial review of the Board's reconsideration came to an end on April 21, 1995, when the Court of Appeal dismissed his application for an order extending the time limit to seek judicial review.

⁵ Applicant's record, at p. 11.

⁶ Applicant's record, at p. 13.

⁷ Applicant's record, at pp. 15-19. In his letter of complaint, Mr. Charlebois notified the Privacy Commissioner that he required the information urgently, stating:

If possible, I need this information A.S.A.P. (as soon as possible) due to my limitation for submission at the Federal Board of Appeal. All great effort from your part will be greatly appreciated.

⁸ Exhibit D to the affidavit of Joyce McLean; applicant's record, at p. 20.

⁹ S. 33 provides as follows:

33. (1) Every investigation of a complaint under this Act by the Privacy Commissioner shall be conducted in private.

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Privacy Commissioner, the person who made the complaint and the head of the government institution concerned shall be given an opportunity

Par conséquent, la seule question qui se pose en l'espèce est de savoir si le Conseil s'est trompé en exerçant sa compétence de manière à donner à cette Cour le droit d'intervenir. En d'autres termes, est-ce que l'interprétation donnée par le Conseil de l'art. 37 était «manifestement déraisonnable»? . . . On nous demande d'annuler la décision, essentiellement pour le motif que le Conseil a mal interprété l'art. 37 du **Code** en concluant que le processus de prise de décision du Syndicat en vertu de ses statuts pour décider si un grief devait être soumis à l'arbitrage, n'a contrevenu à aucune des dispositions de cet article.

À notre avis, aucun motif valable n'a été avancé qui justifie que cette Cour intervienne dans la décision du Conseil. [Renvois omis.]

En plus de solliciter le contrôle judiciaire de la décision du Conseil, Charlebois a demandé au Conseil de réexaminer sa plainte. L'affaire a été réexaminée par les membres qui s'étaient initialement prononcés sur sa plainte et, par lettre en date du 27 mai 1994, le Conseil a conclu que:

En dernière analyse, les arguments qui nous ont été présentés à l'appui d'une demande de réexamen ne contiennent rien qui porterait le Conseil à modifier sa décision initiale. Cette demande de réexamen est par conséquent rejetée.

Charlebois a déposé une demande d'autorisation de porter la décision de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Cette demande a été rejetée le 12 janvier 1995 [[1995] 1 R.C.S. vi]. Les efforts de Charlebois en vue d'obtenir le contrôle judiciaire du réexamen auquel avait procédé le Conseil ont pris fin le 21 avril 1995 lorsque la Cour d'appel a rejeté sa demande d'ordonnance prorogeant le délai prévu pour le dépôt des demandes de contrôle judiciaire.

⁵ Dossier du requérant, à la p. 11.

⁶ Dossier du requérant, à la p. 13.

⁷ Dossier du requérant, aux p. 15 à 19. Dans sa lettre de plainte, Charlebois faisait savoir au Commissaire à la protection de la vie privée qu'il avait instamment besoin de ces renseignements, déclarant:

[TRADUCTION] Si possible, j'ai besoin de ces renseignements dès que possible étant donné les délais prévus pour le dépôt d'un recours devant la Cour d'appel fédérale. Je vous saurais gré des mesures que vous pourrez prendre en ce sens.

⁸ Pièce D accompagnant l'affidavit de Joyce McLean; dossier du requérant, à la p. 20.

⁹ L'art. 33 dispose que:

33. (1) Les enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire à la protection de la vie privée sont secrètes.

(2) Au cours d'une enquête relative à une plainte, le plaignant et le responsable de l'institution fédérale concernée doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à la protection de la vie

to make representations to the Commissioner, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

¹⁰ Applicant's record, at pp. 24-25.

¹¹ Applicant's record, at pp. 28-29.

¹² *Idem*, at p. 29.

¹³ The purpose of the review, according to a memorandum to file written by Ms. McLean and dated November 18, 1994, was to ascertain whether in fact the notes of the Board members contain personal information: see applicant's record, at p. 30. The memorandum to file states:

It was decided that I would review the notes of the Board members to ascertain whether in fact they contain personal information. (Martine Nantel is to arrange this with the CLRB and let me know).

If the notes contain personal information, we would attempt to negotiate the CLRB allowing Mr. Charlebois to view the notes (but take no copies), under condition that this would not prejudice any future positions with respect to Board members' notes. In that event, the complaint itself would be **RESOLVED**.

¹⁴ Applicant's record, at p. 8.

¹⁵ **35.** (1) If, on investigating a complaint under this Act in respect of personal information, the Privacy Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the personal information with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

(b) where appropriate, a request that, within a time specified therein, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.

¹⁶ Applicant's record, at p. 36.

¹⁷ **42.** The Privacy Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose personal information requested under subsection 12(1) in respect of which an investigation has been carried out by the Privacy Commissioner, if the Commissioner has the consent of the individual who requested access to the information;

(b) appear before the Court on behalf of any individual who has applied for a review under section 41; or

privée; toutefois, nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

¹⁰ Dossier du requérant, aux p. 24 et 25.

¹¹ Dossier du requérant, aux p. 28 et 29.

¹² *Idem*, à la p. 29.

¹³ D'après un mémoire ampliatif au dossier, rédigée par M^{me} McLean et portant la date du 18 novembre 1994, cet examen devait permettre de savoir si les notes prises par les membres du Conseil contenaient effectivement des renseignements personnels: voir le dossier du requérant à la p. 30, selon ce mémoire ampliatif:

[TRADUCTION] Il a été décidé que j'examinerai les notes des membres du Conseil afin de voir si elles contiennent effectivement des renseignements personnels. (Martine Nantel devra, à cette fin, prendre les mesures nécessaires auprès du CCRT et me tenir au courant).

Si les notes contiennent des renseignements personnels, nous tenterons de négocier avec le CCRT afin de permettre à Charlebois d'en prendre connaissance (mais pas d'en faire une copie), à condition que cela ne préjuge en rien des positions qui pourraient à l'avenir être adoptées en ce qui concerne les notes prises par les membres du Conseil. Dans cette hypothèse, la plainte serait **RÉGLÉE**.

¹⁴ Dossier du requérant, à la p. 8.

¹⁵ **35.** (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte portant sur des renseignements personnels, le Commissaire à la protection de la vie privée adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relèvent les renseignements personnels un rapport où:

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées;

b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.

¹⁶ Dossier du requérant, à la p. 36.

¹⁷ **42.** Le Commissaire à la protection de la vie privée a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication de renseignements personnels, avec le consentement de l'individu qui les avait demandés;

b) comparaître devant la Cour au nom de l'individu qui a exercé un recours devant elle en vertu de l'article 41;

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41.

¹⁸ Applicant's record, at p. 8.

¹⁹ R.S.C., 1985, c. P-35 (hereinafter PSSRA).

²⁰ Affidavit of Philip Chodos, dated October 17, 1995, at para. 8.

²¹ See R. 1610 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663, as enacted by SOR/92-43, s. 19] which authorizes a judge to deal with the inadequacy of the record in the context of judicial review applications.

²² These documents include:

- Mr. Charlebois' initial complaint to the CLRB dated February 10, 1993;
- the Board's decision dated February 3, 1993, the complainant's application for judicial review pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* filed March 4, 1993;
- the complainant's application for reconsideration by the CLRB dated February 15, 1994;
- the Federal Court of Appeal judgment dismissing the complainant's application for judicial review dated April 26, 1994;
- the CLRB's reconsideration decision dated May 27, 1994;
- the judgment of the Supreme Court of Canada refusing leave to appeal the Federal Court of Appeal's decision dated January 12, 1995; and the Federal Court of Appeal's judgment dated April 21, 1995 refusing an extension of time to allow the complainant to file an application for judicial review of the CLRB's reconsideration decision.

²³ S. 3 provides in part as follows:

3. . . .

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

. . . .

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

. . . .

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

. . . .

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu de l'article 41.

¹⁸ Dossier du requérant, à la p. 8.

¹⁹ L.R.C. (1985), ch. P-35 (ci-après appelé la LRTPF).

²⁰ Affidavit of Philip Chodos, en date du 17 octobre 1995, au par. 8.

²¹ Voir la Règle 1610 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663, édictée par DORS/92-43, art. 19] qui autorise un juge à remédier aux insuffisances du dossier en cas de demande de contrôle judiciaire.

²² Ces documents comprennent:

- la plainte initiale de Charlebois au CCRT, en date du 10 février 1993;
- la décision du Conseil, en date du 3 février 1993, la demande de contrôle judiciaire déposée par le plaignant en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, déposée le 4 mars 1993;
- la demande de réexamen soumise au CCRT par le plaignant, et portant la date du 15 février 1994;
- le jugement de la Cour d'appel fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire du plaignant, en date du 26 avril 1994;
- la décision du CCRT, en date du 27 mai 1994, suite à son réexamen de la plainte;
- la décision de la Cour suprême du Canada refusant l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, en date du 12 janvier 1995; et
- l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, en date du 21 avril 1995, refusant la prorogation du délai en vue de permettre au plaignant de déposer une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision rendue sur réexamen par le CCRT.

²³ L'art. 3 prévoit notamment:

3. . . .

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, . . .

. . . .

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

. . . .

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

. . . .

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

...
 (i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

²⁴ Respondent's memorandum of argument, at paras. 32-36.

²⁵ CHRT memorandum of points to be argued, at paras. 9-10.

²⁶ This argument is also put forward by the CITT which characterizes the members' notes as "comments and reflections of members about the evidence and arguments presented at a hearing to assist them in their deliberative process": see CITT memorandum of argument, at para. 7.

²⁷ Applicant's record, at p. 56, para. 36.

²⁸ [1989] 2 F.C. 480 (T.D.) (hereinafter *Ottawa Football Club*).

²⁹ [1989] 1 F.C. 143 (T.D.) (hereinafter *Montana Band*).

³⁰ [1995] 2 F.C. 110 (C.A.) (hereinafter *Canada Post*).

³¹ Applicant's supplementary application record, at paras. 7-9, 16 and 31.

³² PSSRB's memorandum of law, at para. 5.

³³ Respondent's memorandum of argument, at para. 7; PSSRB's memorandum of law, at paras. 18-19.

³⁴ PSSRB's memorandum of law, at paras. 24-25.

³⁵ PSSRB's memorandum of law, at paras. 40-43.

³⁶ 22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

...
 (b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

³⁷ Applicant's memorandum of argument, at paras. 46-54.

³⁸ Applicant's supplementary application record, at paras. 48-54.

³⁹ Respondent's memorandum of argument, at paras. 46-47.

⁴⁰ Respondent's supplementary memorandum of argument, at para. 57.

...
 i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant lorsque la seule divulgation de son nom révélerait des renseignements à son sujet;

²⁴ Dossier de l'intimé, aux par. 32 à 36.

²⁵ TCDP, mémoire, aux par. 9 et 10.

²⁶ Cet argument est également avancé par le TCCE qui estime que les notes des membres contiennent les «commentaires et réflexions des membres concernant la preuve et les arguments présentés à l'audience, ces notes devant les aider à parvenir à une décision»: voir TCCE, mémoire, par. 7.

²⁷ Dossier du requérant, à la p. 56, par. 36.

²⁸ [1989] 2 C.F. 480 (1^{re} inst.) (ci-après désigné sous la forme *Ottawa Football Club*).

²⁹ [1989] 1 C.F. 143 (1^{re} inst.) (ci-après cité sous la forme *Bande indienne de Montana*).

³⁰ [1995] 2 C.F. 110 (C.A.) (ci-après cité sous la forme *Société canadienne des postes*).

³¹ Dossier complémentaire du requérant, aux par. 7 à 9, 16 et 31.

³² CRTFP, mémoire, au par. 5.

³³ Dossier de l'intimé, par. 7; CRTFP, mémoire, aux par. 18 et 19.

³⁴ CRTFP, mémoire, par. 24 et 25.

³⁵ CRTFP, mémoire, par. 40 à 43.

³⁶ 22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1):

...
 b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes illicites, notamment:

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle, et

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

³⁷ Dossier du requérant, para. 46 à 54.

³⁸ Dossier complémentaire du requérant, par. 48 à 54.

³⁹ Dossier de l'intimé, aux par. 46 et 47.

⁴⁰ Mémoire complémentaire de l'intimé, au par. 57.

⁴¹ Memorandum of law of the PSSRB, at para. 39.

⁴² Memorandum of law of the PSSRB, at paras. 29-35.

⁴³ As applied to the judiciary this principle has been termed judicial independence and its corollary, the adjudicative privilege: see *MacKeigan v. Hickman*, *infra*, note 112, at pp. 840-841.

⁴⁴ R.S.C., 1985, c. A-1 (hereinafter the Access Act). As will be seen, the *Privacy Act* and the Access Act have a common origin and complement one another as they create two parallel rights of access. It is therefore useful to have in mind the scheme and purpose of both statutes when dealing with fundamental issues of construction arising under either one of these statutes.

⁴⁵ Access Act, s. 3.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Access Act, s. 7.

⁴⁸ Access Act, s. 10.

⁴⁹ Access Act, s. 54.

⁵⁰ Access Act, s. 30.

⁵¹ Access Act, s. 37.

⁵² Access Act, ss. 41, 42.

⁵³ Access Act, s. 72.

⁵⁴ S.C. 1976-77, c. 33.

⁵⁵ See *Privacy Act*, s. 3.

⁵⁶ These provisions have collectively become known as the Code of Fair Information Practices; see applicant's supplementary application record, at para. 3.

⁵⁷ SOR/83-508 (hereinafter the Regulations).

⁵⁸ *Privacy Act*, s. 18.

⁵⁹ *Privacy Act*, s. 53.

⁶⁰ *Privacy Act*, s. 29 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 37].

⁶¹ *Privacy Act*, s. 35.

⁶² *Privacy Act*, s. 41.

⁶³ *Privacy Act*, s. 42.

⁶⁴ This was described by the applicant as the Commissioner's "auditing power" to ensure government compliance with the fair information practices of the code; see applicant's supplementary record, at para. 5.

⁶⁵ *Canada Post*, *supra*, note 30, at p. 128, Létourneau J.A.

⁴¹ CRTFP, mémoire, au par. 39.

⁴² CRTFP, mémoire, aux par. 29 à 35.

⁴³ En ce qui concerne les tribunaux judiciaires, ce principe est appelé indépendance judiciaire et son corollaire, l'indépendance décisionnelle: voir *MacKeigan c. Hickman*, *infra*, note 112 aux p. 840 et 841.

⁴⁴ L.R.C. (1985), ch. A-1 (ci-après *Loi sur l'accès à l'information*). Ainsi que nous aurons l'occasion de le voir, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information* ont une origine commune. Les deux textes se complètent étant donné qu'ils créent deux droits d'accès parallèles. Il est donc utile de garder à l'esprit le dispositif et le but des deux lois lorsqu'on examine les problèmes fondamentaux d'interprétation auxquels peuvent donner lieu l'un ou l'autre de ces textes.

⁴⁵ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 3.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 7.

⁴⁸ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 10.

⁴⁹ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 54.

⁵⁰ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 30.

⁵¹ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 37.

⁵² *Loi sur l'accès à l'information*, art. 41 et 42.

⁵³ *Loi sur l'accès à l'information*, art. 72.

⁵⁴ S.C. 1976-77, ch. 33.

⁵⁵ Voir la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 3.

⁵⁶ L'ensemble de ces dispositions est communément appelé Code de bonne conduite en matière de renseignements; voir dossier complémentaire du requérant, par. 3.

⁵⁷ DORS/83-508 (ci-après dénommé le Règlement).

⁵⁸ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 18.

⁵⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 53.

⁶⁰ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 29 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 37].

⁶¹ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 35.

⁶² *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 41.

⁶³ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 42.

⁶⁴ Selon le requérant, il s'agit d'un «pouvoir de vérification» permettant au Commissaire de veiller à ce que le gouvernement respecte le code de bonne conduite en matière de renseignements personnels; voir dossier complémentaire du requérant, au par. 5.

⁶⁵ *Société canadienne des postes*, précité, note 30 à la p. 128, le juge d'appel Létourneau.

- ⁶⁶ [1989] 1 F.C. 265 (C.A.) (hereinafter *CMHC*).
- ⁶⁷ *Idem*, at p. 274.
- ⁶⁸ *Idem*, at p. 276.
- ⁶⁹ [1995] 3 F.C. 199 (C.A.) (hereinafter *Dagg*).
- ⁷⁰ *Idem*, at pp. 219-220.
- ⁷¹ [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at p. 557.
- ⁷² [1994] 3 F.C. 527 (T.D.), at p. 539.
- ⁷³ (1990), 41 F.T.R. 39 (F.C.T.D.), at pp. 45-46 (hereinafter *Bombardier*). The applicant argued that the correction grid was a document which represented "le support" for the personal information of which he was seeking disclosure.
- ⁷⁴ *Idem*, at p. 45.
- ⁷⁵ *Dagg*, *supra*, note 69.
- ⁷⁶ *Idem*, at p. 217.
- ⁷⁷ *Idem*, at p. 218.
- ⁷⁸ [1989] 1 F.C. 47 (C.A.) (hereinafter *Canada Packers*).
- ⁷⁹ *Idem*, at p. 60.
- ⁸⁰ [1995] F.C.J. No. 926 (T.D.) (QL) (hereinafter *Kaiser*).
- ⁸¹ *Idem*, at pp. 3-4.
- ⁸² Letter from Privacy Commissioner to Chairman of the CLRB, dated July 12, 1994: see applicant's record, at p. 28.
- ⁸³ Letter from Privacy Commissioner to Chairman of the CLRB, dated February 1, 1995: see applicant's record, at p. 36.
- ⁸⁴ Memorandum of argument of the applicant, at para. 48.
- ⁸⁵ Supplementary application record of the applicant, at para. 33.
- ⁸⁶ Supplementary application record of the applicant, at para. 53.
- ⁸⁷ Memorandum of argument of the applicant, at para. 54.
- ⁸⁸ Supplementary application record of the applicant, at para. 46.
- ⁸⁹ Exhibit G to the affidavit of Joyce McLean, applicant's record, at p. 31.
- ⁹⁰ Affidavit of Philip Chodos, dated October 17, 1995.
- ⁹¹ The applicant argued that the evidence provided by Mr. Chodos in his affidavit was personal and could not be viewed as being of general applicability. I agree with the submission of counsel for the PSSRB that the evidence of Mr. Chodos should be read as an account of the typical contents of the notes taken by the members of boards such as the PSSRB and CLRB.
- ⁹² *Canada Labour Code*, *supra*, note 2, s. 9.
- ⁹³ *Idem*, s. 10.
- ⁶⁶ [1989] 1 C.F. 265 (C.A.) (ci-après cité sous la forme *SCHL*).
- ⁶⁷ *Idem*, à la p. 274.
- ⁶⁸ *Idem*, à la p. 276.
- ⁶⁹ [1995] 3 C.F. 199 (C.A.) (ci-après cité sous la forme *Dagg*).
- ⁷⁰ *Idem*, aux p. 219 et 220.
- ⁷¹ [1988] 3 C.F. 551 (1^{re} inst.), à la p. 557.
- ⁷² [1994] 3 C.F. 527 (1^{re} inst.), à la p. 539.
- ⁷³ (1990), 41 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 45 et 46 (ci-après cité sous la forme *Bombardier*). Le demandeur faisait valoir que la grille de correction était «le support» des renseignements personnels dont il demandait communication.
- ⁷⁴ *Idem*, à la p. 45.
- ⁷⁵ *Dagg*, précité, note 69.
- ⁷⁶ *Idem*, à la p. 217.
- ⁷⁷ *Idem*, à la p. 218.
- ⁷⁸ [1989] 1 C.F. 47 (C.A.) (ci-après cité sous la forme *Canada Packers*).
- ⁷⁹ *Idem*, à la p. 60.
- ⁸⁰ [1995] A.C.F. n^o 926 (1^{re} inst.) (QL) (ci-après cité sous la forme *Kaiser*).
- ⁸¹ *Idem*, à la p. 3.
- ⁸² Lettre du Commissaire à la protection de la vie privée au président du CCRT, en date du 12 juillet 1994; voir dossier du requérant, à la p. 28.
- ⁸³ Lettre du Commissaire à la protection de la vie privée au président du CCRT, en date du 1^{er} février 1995; voir dossier du requérant, à la p. 36.
- ⁸⁴ Mémoire du requérant, au par. 48.
- ⁸⁵ Dossier complémentaire du requérant, au par. 33.
- ⁸⁶ Dossier complémentaire du requérant, au par. 53.
- ⁸⁷ Mémoire du requérant, au par. 54.
- ⁸⁸ Dossier complémentaire du requérant, au par. 46.
- ⁸⁹ Pièce G, accompagnant l'affidavit de Joyce McLean, dossier du requérant, à la p. 31.
- ⁹⁰ Affidavit de Philip Chodos, en date du 17 octobre 1995.
- ⁹¹ Le requérant a fait valoir que la déposition consignée dans l'affidavit de M. Chodos est de caractère personnel et qu'on ne peut pas lui donner une application générale. J'admets l'argument de l'avocat de la CRTFP, selon lequel la déposition de M. Chodos doit être considérée comme exposant la teneur typique de notes prises par les membres d'organismes tels que la CRTFP et le CCRT.
- ⁹² *Code canadien du travail*, précité, note 2, art. 9.
- ⁹³ *Idem*, art. 10.

⁹⁴ *Idem*, s. 15.

⁹⁵ *Canada Labour Code*, s. 22. S. 18.1(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] reads as follows:

18.1

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) 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;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

⁹⁶ The duty and power of the CLRB in receiving a complaint under s. 97 are stated in s. 98 of the Code which reads in part as follows:

98. (1) Subject to subsection (3), on receipt of a complaint made under section 97, the Board may assist the parties to the complaint to settle the complaint and shall, where it decides not to so assist the parties or the complaint is not settled within a period considered by the Board to be reasonable in the circumstances, hear and determine the complaint.

S. 99 [as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 3] of the Code grants the CLRB broad powers to remedy contraventions of the Code in respect to complaints under ss. 24(4), 34(6) [as am. *idem*, s. 1], 37, 50, 69, 94, 95 or 96.

⁹⁷ [1995] 1 S.C.R. 157 (hereinafter *CBC*).

⁹⁸ *CBC*, *supra*, note 97, at p. 179, applying the test prescribed by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

⁹⁹ *Idem*, at pp. 179-180.

¹⁰⁰ *Idem*, at pp. 183-184.

¹⁰¹ *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673 (hereinafter *Valente*).

¹⁰² *Idem*, at p. 687.

¹⁰³ *Idem*, at p. 689.

¹⁰⁴ *Idem*, at pp. 711-712.

¹⁰⁵ *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56 (hereinafter *Beauregard*).

⁹⁴ *Idem*, art. 15.

⁹⁵ *Code canadien du travail*, art. 22. L'art. 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] dispose que:

18.1

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

⁹⁶ Les pouvoirs et obligations du CCRT, lors du dépôt d'une plainte en vertu de l'art. 97, sont exposés à l'art. 98 du Code qui prévoit notamment que:

98. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le Conseil peut, sur réception d'une plainte présentée au titre de l'article 97, aider les parties à régler le point en litige, s'il décide de ne pas le faire ou si les parties ne sont pas parvenues à régler l'affaire dans le délai qu'il juge raisonnable dans les circonstances, il l'instruit lui-même.

L'art. 99 [mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 3] du Code confère au CCRT de larges pouvoirs pour remédier à toute atteinte au Code en ce qui concerne les plaintes déposées en vertu des art. 24(4) et 34(6) [mod., *idem*, art. 1] ainsi que de celles déposées en vertu des articles 37, 50, 69, 94, 95 ou 96.

⁹⁷ [1995] 1 R.C.S. 157 (ci-après cité sous la forme de *SRC*).

⁹⁸ *SRC*, précité note 97, à la p. 179; appliquant le critère énoncé par le juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

⁹⁹ *Idem*, aux p. 179 et 180.

¹⁰⁰ *Idem*, aux p. 183 et 184.

¹⁰¹ *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673 (ci-après cité sous la forme *Valente*).

¹⁰² *Idem*, à la p. 687.

¹⁰³ *Idem*, à la p. 689.

¹⁰⁴ *Idem*, aux p. 711 et 712.

¹⁰⁵ *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56 (ci-après cité sous la forme *Beauregard*).

¹⁰⁶ *Idem*, at p. 69.

¹⁰⁷ *Idem*, at p. 70.

¹⁰⁸ *Idem*, at p. 73.

¹⁰⁹ *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 (hereinafter *Lippé*).

¹¹⁰ *Idem*, at pp. 152-153.

¹¹¹ *Idem*, at p. 153.

¹¹² *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796 (hereinafter *MacKeigan*).

¹¹³ *Idem*, at pp. 840-841.

¹¹⁴ *Idem*, at pp. 827-828.

¹¹⁵ *Idem*, at pp. 830-831.

¹¹⁶ Affidavit of Philip Chodos, dated October 17, 1995, at para. 7.

¹¹⁷ *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3 (hereinafter *Matsqui*).

¹¹⁸ *Idem*, at p. 67.

¹¹⁹ *Idem*, at pp. 49 and 51.

¹²⁰ *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952 (hereinafter *Tremblay*).

¹²¹ *Idem*, at pp. 964-966.

¹²² This result is not surprising. The requirement that the courts be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system was held in *Beauregard* [at p. 73] to flow from the role of the courts as "resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution." The CLRB shares at least two of these roles; s. 22 of the Code makes the CLRB the ultimate resolver of disputes and interpreter of the law in the area of industrial relations in Canada over which the Code grants it jurisdiction.

¹²³ *Tremblay*, *supra*, note 120, at p. 966.

¹²⁴ The basis for this duty in this case is statutory, and is defined by s. 22 of the *Canada Labour Code* and ss. 28 and 18.1 of the *Federal Court Act*. The supervisory authority of superior courts over administrative tribunals in the case of an alleged want or excess of jurisdiction has been held to have its source in the Constitution: *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220.

¹²⁵ *Douville c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1993] C.A.I. 266 (hereinafter *Douville*).

¹²⁶ *Idem*, at p. 268.

¹²⁷ *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 23 provides in part that:

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

¹⁰⁶ *Idem*, à la p. 69.

¹⁰⁷ *Idem*, à la p. 70.

¹⁰⁸ *Idem*, aux p. 73 et 74.

¹⁰⁹ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 (ci-après cité sous la forme *Lippé*).

¹¹⁰ *Idem*, aux p. 152 et 153.

¹¹¹ *Idem*, à la p. 153.

¹¹² *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 (ci-après cité sous la forme *MacKeigan*).

¹¹³ *Idem*, aux p. 840 et 841.

¹¹⁴ *Idem*, aux p. 827 et 828.

¹¹⁵ *Idem*, aux p. 830 et 831.

¹¹⁶ Affidavit de Philip Chodos, en date du 17 octobre 1995, au par. 7.

¹¹⁷ *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (ci-après cité sous la forme *Matsqui*).

¹¹⁸ *Idem*, à la p. 67.

¹¹⁹ *Idem*, aux p. 49 et 51.

¹²⁰ *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 (ci-après cité sous la forme *Tremblay*).

¹²¹ *Idem*, aux p. 964 à 966.

¹²² Ce résultat n'a rien de surprenant. L'exigence voulant que le pouvoir et la fonction des tribunaux soient complètement distinctes des autres secteurs de la justice découle, selon *Beauregard* [à la p. 73], du rôle des tribunaux en tant que «arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution». Le CCRT participe à au moins deux de ces rôles; l'art. 22 du Code prévoit que le CCRT interprète et tranche en dernier ressort dans le domaine des relations du travail au Canada relevant de la compétence que lui confère le Code.

¹²³ *Tremblay*, précité, note 120, à la p. 966.

¹²⁴ En l'occurrence, cette obligation a sa source dans la loi puisqu'elle est définie à l'art. 22 du *Code canadien du travail* ainsi qu'aux art. 28 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Selon la jurisprudence, le pouvoir de supervision que les cours supérieures exercent sur les tribunaux administratifs en cas de défaut de compétence ou d'excès de pouvoir a sa source dans la constitution: *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220.

¹²⁵ *Douville c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1993] C.A.I. 266 (ci-après cité sous la forme *Douville*).

¹²⁶ *Idem*, à la p. 268.

¹²⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, qui prévoit, en son art. 23 que:

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

¹²⁸ *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III.

¹²⁹ See the directions of the Privacy Commissioner to the Chairman of the CLRB upon concluding that the notes were not exempt from disclosure: applicant's record, at p. 36. See also s. 6 of the Act and s. 4 of the Regulations.

¹³⁰ S. 108 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 77] provides that:

108. No member of the Board or of an arbitration board, a conciliation board or a designation review panel established under section 78.1 or 78.4, no arbitrator, conciliation commissioner, adjudicator, conciliator or officer or employee of or person appointed by the Board and no fact finder appointed under section 54.1 shall be required to give evidence in any civil action, suit or other proceeding respecting information obtained in the discharge of duties under this Act.

S. 111 of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L. 2 provides that:

111. Except with the consent of the Board, no member of the Board, nor its registrar, nor any of its other officers, nor any of its clerks or servants shall be required to give testimony in any civil suit or in any proceeding before the Board or in any proceeding before any other tribunal respecting information obtained in the discharge of their duties or while acting within the scope of their employment under this Act.

¹³¹ *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.) (hereinafter *Agnew*).

¹³² The relevant provision of the *Architects Act, 1984*, S.O. 1984, c. 12, provides in part:

43. (1) Every person engaged in the administration of this Act, including any person making an examination or review under section 32 or an investigation under section 38, shall preserve secrecy with respect to all matters that come to his knowledge in the course of his duties, employment, inquiry or investigation and shall not communicate any such matters to any other person except,

(a) as may be required in connection with the administration of,

(i) this Act and the regulations and by-laws, or

(ii) the *Professional Engineers Act, 1984* and the regulations and by-laws under that Act, or any proceedings under

(iii) this Act or the regulations, or

¹²⁸ *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), ann. III.

¹²⁹ Voir les consignes transmises par le Commissaire à la protection de la vie privée au président du CCRT après avoir décidé que les notes étaient soumises à l'obligation de communication: dossier du requérant, à la p. 36. Voir également l'art. 6 de la Loi ainsi que l'art. 4 du Règlement.

¹³⁰ L'art. 108 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 77] dispose que:

108. Les commissaires, les conciliateurs, les commissaires-conciliateurs, les membres d'un bureau de conciliation, d'un conseil d'arbitrage ou d'un comité d'examen visé aux articles 78.1 ou 78.4, les arbitres de griefs ou de différends, les fonctionnaires supérieurs ou autres de la Commission, ou les personnes qu'elle nomme, et les enquêteurs nommés aux titre de l'article 54.1, ne sont pas tenus de déposer, dans une action—ou tout autre procédure—au civil, relativement à des renseignements obtenus dans l'accomplissement de leurs fonctions aux termes de la présente loi.

L'art. 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L. 2, dispose que:

111. Sauf si la Commission y consent, ses membres, son registrateur, et les autres membres de son personnel sont exemptés de l'obligation de témoigner dans une action civile ou dans une instance devant la Commission ou devant toute autre commission, en ce qui concerne des renseignements obtenus dans le cadre de leurs fonctions ou en rapport avec celles-ci dans le cadre de la présente loi.

¹³¹ *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (C. div.) (ci-après cité sous la forme *Agnew*).

¹³² Selon l'article applicable de la *Architects Act, 1984* [*Loi de 1984 sur les architectes*], L.O. 1984, ch. 12, l'art. 43 dispose:

[TRADUCTION] **43.** (1) Quiconque participe à l'application de la présente loi, y compris une personne qui effectue un examen ou une révision aux termes de l'article 32 ou une enquête aux termes de l'article 38, est tenu au secret à l'égard de toutes les questions dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions, de son emploi, de son enquête ou de son examen, et ne les communique à personne, sauf dans les cas suivants:

a) il est tenu dans le cadre de l'application:

(i) soit de la présente loi, des règlements et des règlements administratifs,

(ii) soit de la *Loi sur les ingénieurs*, des règlements pris et des règlements administratifs adoptés en application de cette loi,

ou de toute instance engagée sous le régime:

(iii) soit de la présente loi ou des règlements,

(iv) the *Professional Engineers Act, 1984* or the regulations under that Act;

(b) to his counsel; or

(c) with the consent of the person to whom the information relates.

(2) No person to whom subsection (1) applies shall be required to give testimony or to produce any book, record, document or thing in any action or proceeding with regard to information obtained by him in the course of his duties, employment, inquiry or investigation except in a proceeding under this Act or the regulations or by-laws or a proceeding under the *Professional Engineers Act, 1984* or the regulations or by-laws under that Act.

¹³³ *Agnew, supra*, note 131, at p. 14.

¹³⁴ *Idem*, at pp. 16-17.

¹³⁵ This would seem to be consistent with the decision of the Supreme Court in *Beauregard*, where Dickson C.J. held that the requirement for judicial independence flows, in part, from the role of the courts as resolver of disputes and interpreter of the law. This role is shared by administrative tribunals and exercised in their given areas of jurisdiction.

¹³⁶ *Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1994), 16 O.R. (3d) 698 (Div. Ct.) (hereinafter *Ellis-Don*).

¹³⁷ S. 111 read as follows:

111. Except with the consent of the Board, no member of the Board, nor its registrar, nor any of its other officers, nor any of its clerks or servants shall be required to give testimony in any civil suit or in any proceeding before the Board or in any proceeding before any other tribunal respecting information obtained in the discharge of their duties or while acting within the scope of their employment under this Act.

¹³⁸ *Ellis-Don, supra*, note 136, at p. 709.

¹³⁹ *Idem*, at p. 714.

¹⁴⁰ This argument was not advanced in the applicant's memorandum of argument.

¹⁴¹ S. 21(1)(b) of the *Access to Information Act* read in conjunction with s. 21(2)(a).

¹⁴² Canadian citizens and permanent residents, s. 4(1).

¹⁴³ S. 2(1).

¹⁴⁴ As such, the Act would be more accurately labelled as the "Access to Records Act".

¹⁴⁵ Information; 3. Knowledge acquired in any manner; facts; data . . . : *Webster's New World Dictionary of the American Language*, 2nd college ed. (New York: Simon and Schuster, 1985).

(iv) soit de la *Loi sur les ingénieurs* ou des règlements pris en application de cette loi;

b) il les communique à son avocat;

c) il les communique avec le consentement de la personne à laquelle ces renseignements se rapportent.

(2) Aucune personne visée par le paragraphe (1) n'est tenue, dans une action ou une instance, de témoigner ou de produire des livres, dossiers, documents ou objets, au sujet des renseignements dont elle a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions, de son emploi, de son enquête ou de son examen sauf s'il s'agit d'une instance engagée sous le régime de la présente loi, ou de règlements ou des règlements administratifs, ou d'une instance engagée en vertu de la *Loi sur les ingénieurs*, ou des règlements pris ou des règlements administratifs adoptés en application de cette loi.

¹³³ *Agnew, précité*, note 131, à la p. 14.

¹³⁴ *Idem*, aux p. 16 et 17.

¹³⁵ Cela semble d'ailleurs conforme à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Beauregard*, le juge en chef Dickson ayant estimé que le caractère indispensable de l'indépendance judiciaire découle, en partie, du rôle que les tribunaux sont appelés à jouer en tant qu'arbitres et interprètes de la loi. Ce rôle est partagé par les tribunaux administratifs qui agissent dans leurs propres domaines de compétences.

¹³⁶ *Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1994), 16 O.R. (3d) 698 (C. div.) (ci-après cité sous la forme *Ellis-Don*).

¹³⁷ L'art. 111 dispose que:

111. Sauf si la Commission y consent, ses membres, son registrateur et les autres membres de son personnel sont exemptés de l'obligation de témoigner dans une action civile ou dans une instance devant la Commission ou devant toute autre commission, en ce qui concerne des renseignements obtenus dans le cadre de leurs fonctions ou en rapport avec celles-ci dans le cadre de la présente loi.

¹³⁸ *Ellis-Don, précité*, note 136, à la p. 709.

¹³⁹ *Idem*, à la p. 714.

¹⁴⁰ Cet argument ne figure pas dans le mémoire du requérant.

¹⁴¹ L'art. 21(1)(b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, lu concurremment avec l'art. 21(2)(a).

¹⁴² Les citoyens canadiens et résidents permanents, art. 4(1).

¹⁴³ Art. 2(1).

¹⁴⁴ La Loi pourrait donc être plus exactement dénommée «Loi sur l'accès aux dossiers».

¹⁴⁵ RENSEIGNEMENT . . . ce par quoi on fait connaître qqch. à qqn. (exposé, relation, document); la chose, le fait que l'on porte à la connaissance de qqn. . . . (*Dictionnaire Le Petit Robert 1*, Paris, 1984).

It is noteworthy that, under the Act, the term “personal information” is primarily defined as meaning “information about an identifiable individual” [underlining added].

¹⁴⁶ *Opinion*; 1. a belief not based on absolute certainty or positive knowledge but on what seems true, valid, or probable to one’s own mind; judgment 2. an evaluation, impression or estimation, [etc.] 3. the formal judgment of an expert (. . .) 4. *Law*, the formal statement by a judge, court referee, etc. of the law bearing on a case.: *Webster’s New World Dictionary of the American Language*, 2nd college ed. (New York: Simon and Schuster, 1985).

¹⁴⁷ S. 2 of the *Privacy Act*.

¹⁴⁸ S. 4 of the *Privacy Act*.

¹⁴⁹ S. 6(2) of the *Privacy Act*.

¹⁵⁰ S. 12 of the *Privacy Act*.

¹⁵¹ See complainant’s letter of April 6, 1993 to the Privacy Commissioner, applicant’s record, at p. 19, where he states: “I need this information A.S.A.P. (as soon as possible) due to my limitation for submission at the Federal Board (sic) of Appeal.” While the Access Act lends itself to being used as an aid to litigation because of its wide ambit, recourse to the *Privacy Act* should, in principle, be motivated primarily by concerns relating to privacy and the Commissioner should bear this in mind in assessing the propriety of the claims which are submitted to him.

¹⁵² “A judgment and a judge’s reasons for judgment must be put on record and are subject to scrutiny on appeal by the legal community and by the public at large. . . . The reasons and the decisions speak for themselves. If they are to be questioned an effective and comprehensive means of challenging them is provided by appellate procedures”: *per Cory J.* in *MacKeigan*, *supra*, note 112, at p. 841.

¹⁵³ There is a difference in kind between “consultations” and “deliberations” “involving” decision makers, and notes taken by a decision maker in the course of a hearing. Bearing in mind that the exemptions are to be strictly construed, it is doubtful that notes *per se* are exempt.

¹⁵⁴ As such, the present application has ramifications pertaining to disclosure which reach beyond the *Privacy Act*.

¹⁵⁵ Applicant’s memorandum of argument, at para. 36.

¹⁵⁶ *Supra*, note 28.

¹⁵⁷ *Idem*, at pp. 485-486.

¹⁵⁸ *Supra*, note 29.

¹⁵⁹ *Idem*, at p. 151.

Notons que, dans la Loi, l’expression «renseignements personnels» est principalement définie comme s’entendant de «renseignements concernant un individu» [soulignement ajouté].

¹⁴⁶ *Opinion* . . . Manière de penser, de juger; attitude de l’esprit qui tient pour vraie une assertion; assertion que l’esprit accepte ou rejette (généralement en admettant une possibilité d’erreur) . . . Point de vue, position intellectuelle, idée ou ensemble des idées que l’on a dans un domaine déterminé . . . 3° (Dr. . . .) Avis d’une personne dans une délibération . . . 4° . . . jugement de valeur porté sur une personne, un acte, une qualité. (Dictionnaire *Le Petit Robert*, Paris, 1984).

¹⁴⁷ Art. 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

¹⁴⁸ Art. 4 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

¹⁴⁹ Art. 6(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

¹⁵⁰ Art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

¹⁵¹ Voir la lettre du plaignant en date du 6 avril 1993 au Commissaire à la protection de la vie privée, dossier du requérant, à la p. 19, où il déclare [TRADUCTION] «il me faudrait ces renseignements dès que possible étant donné le délai fixé pour le dépôt de ma demande devant la Cour d’appel». Si, en raison de sa portée très large, la *Loi sur l’accès à l’information* se prête à une telle utilisation dans le cadre d’un litige, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* devrait, en principe, être invoquée surtout pour des motifs touchant à la vie privée et le Commissaire devrait tenir compte de cela lorsqu’il se prononce sur le bien-fondé des demandes portées devant lui.

¹⁵² «Un jugement et les motifs de jugement d’un juge doivent être consignés et peuvent faire l’objet d’un examen par voie d’appel interjeté par la communauté juridique ou par le public en général. Les motifs et les décisions parlent d’eux-mêmes. S’ils doivent être mis en doute, les procédures d’appel fournissent un moyen efficace et complet de les contester.» Le juge Cory, arrêt *MacKeigan*, précité, note 112, à la p. 841.

¹⁵³ Il existe une différence de nature entre les «consultations» et «délibérations» auxquelles prennent part des décideurs, et les notes prises par un décideur au cours d’une audience. Étant donné que toute exemption doit être interprétée strictement, il est peu probable en effet que les notes soient elles-mêmes exemptées.

¹⁵⁴ En matière de divulgation, la présente demande a des implications qui vont bien au-delà de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

¹⁵⁵ Mémoire du requérant, au par. 36.

¹⁵⁶ Précité, note 28.

¹⁵⁷ *Idem*, aux p. 485 et 486.

¹⁵⁸ Précité, note 29.

¹⁵⁹ *Idem*, à la p. 151.

¹⁶⁰ *Supra*, note 30.

¹⁶¹ *Idem*, at pp. 127-129. Pratte J.A. concurred.

¹⁶² *Canada Post, supra*, at p. 122. The first proposition is questionable as it seems clear to me that control over records by a government institution can exist irrespective of where custody lies. The more interesting issue is raised by the second proposition.

¹⁶³ *Canada Post, supra*, at p. 123.

¹⁶⁴ *Canada Post, supra*, at p. 130.

¹⁶⁵ *Canada Post, supra*, at p. 128.

¹⁶⁶ The question as to whether information coming into custody of a government institution otherwise than in the course of its statutory function would be accessible remains undecided. So far, only Marceau J.A. has opined on this point and he has expressed strong views in support of the proposition that such information should not be accessible under the Access Act. See *Canada Post, supra*, at pp. 120-128.

¹⁶⁷ The only reason why the notes were seen by another person in this instance is the "without prejudice" review that was made at the instigation of the Commissioner. See applicant's motion record, at pp. 29 and 30.

¹⁶⁸ Memorandum to file by Joyce McLean dated November 29, 1994: applicant's record, at p. 31.

¹⁶⁹ Strayer J. could not have had in mind anything other than lawful custody when he stated that the *Access to Information Act* extended to any record in the custody of government "regardless of the means by which . . . custody was obtained". *Ottawa Football Club, supra*, note 28 at p. 485.

¹⁷⁰ Applicant's supplementary application record, at para. 31.

¹⁷¹ *The Dictionary of Canadian Law*, (1991) is quoted as the source of this definition.

¹⁷² Applicant's supplementary application record, at para. 53.

¹⁷³ Letter from the Privacy Commissioner to the Chairman of the CLRB, dated June 12, 1994: applicant's record, at p. 29.

¹⁷⁴ Applicant's supplementary application record, at para. 33.

¹⁶⁰ Précité, note 30.

¹⁶¹ *Idem*, aux p. 127 à 129, le juge Pratte, J.C.A., souscrivant à cette opinion.

¹⁶² *Société canadienne des postes*, précité, à la p. 122. La première proposition est douteuse car il me paraît évident que certains dossiers peuvent relever d'une institution fédérale quel que soit par ailleurs l'organisme ou la personne qui en a la garde. La seconde proposition soulève une question plus intéressante.

¹⁶³ *Société canadienne des postes*, précité, à la p. 123.

¹⁶⁴ *Société canadienne des postes*, précité, à la p. 130.

¹⁶⁵ *Société canadienne des postes*, précité, à la p. 128.

¹⁶⁶ N'a pas encore été tranchée la question de savoir si sont soumis au droit d'accès les renseignements qui parviennent à une institution fédérale autrement que dans l'exercice de ses fonctions officielles. Jusqu'ici, seul le juge Marceau, de la Cour d'appel, s'est prononcé sur ce point, soutenant vigoureusement la proposition voulant que de tels renseignements ne soient pas soumis au droit d'accès défini par la *Loi sur l'accès à l'information*. Voir *Société canadienne des postes*, précité, aux p. 120 à 128.

¹⁶⁷ La seule raison pour laquelle, en l'espèce, les notes ont été vues par quelqu'un d'autre est que le Commissaire s'était arrangé pour qu'elles soient examinées «sans préjudice». Voir dossier du requérant, aux p. 29 et 30.

¹⁶⁸ Mémoire ampliatif de Joyce McLean, en date du 29 novembre 1994; dossier du requérant, à la p. 31.

¹⁶⁹ Le juge Strayer ne pouvait songer qu'à la garde légale lorsqu'il a déclaré que la *Loi sur l'accès à l'information* s'appliquait à tout document de l'administration fédérale «nonobstant la façon dont l'administration en a eu possession». *Ottawa Football Club*, précité, note 28, à la p. 485.

¹⁷⁰ Dossier complémentaire du requérant, au par. 31.

¹⁷¹ *The Dictionary of Canadian Law*, (1991) est cité comme source de cette définition.

¹⁷² Dossier complémentaire du requérant, au par. 53.

¹⁷³ Lettre du Commissaire à la protection de la vie privée au président du CCRT, en date du 12 juin 1994, dossier du requérant, à la p. 29.

¹⁷⁴ Dossier complémentaire du requérant, au par. 33.

A-539-94

A-539-94

Her Majesty the Queen (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

Continental Bank Leasing Corporation (*Respondent*)**Continental Bank Leasing Corporation** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA v. CONTINENTAL BANK LEASING CORP. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. CONTINENTAL BANK LEASING CORP. (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Linden and McDonald J.J.A.—Toronto, March 12, 13 and 14; Ottawa, June 4, 1996.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 12, 13 et 14 mars; Ottawa, 4 juin 1996.

Income tax — Income calculation — Capital cost allowance — Recapture — Attempt to avoid by purported disposition to partnership — Appeal from T.C.C. decision valid partnership created under Income Tax Act, s. 97(2) — Agreement providing for transfer of taxpayer's business, assets to partnership — Transaction not sham — Not complying with s. 97(2) as no valid partnership formed — Authorities on partnership reviewed—Parties having no intention of earning profit, rather to conduct sale of assets — Profit sharing not conclusive evidence of partnership — Requirements of partnership not met — Even if partnership created, participation therein illegal under Bank Act, s. 174(2)(i) — Agreement illegal, void under statute, common law, ultra vires bank.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Allocation du coût en capital — Récupération — Tentative d'éviter la récupération au moyen de la prétendue vente d'une société de personnes — Appel d'une décision par laquelle la C.C.I. a conclu qu'une société de personnes avait été valablement créée conformément à l'art. 97(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Accord prévoyant le transfert de l'entreprise et de l'actif de la contribuable à une société de personnes — L'opération ne constitue pas un trompe-l'œil — L'opération n'est pas conforme à l'art. 97(2), étant donné qu'aucune société valide n'a été formée — Examen des autorités sur les sociétés de personnes — Les parties n'avaient pas l'intention de tirer un profit de l'entreprise, mais plutôt de vendre les actifs — Le partage des bénéfices ne constitue pas une preuve concluante de l'existence d'une société de personnes — Les conditions requises pour qu'il y ait une société de personnes ne sont pas remplies — Même si une société de personnes avait été créée, la participation dans celle-ci est illégale selon l'art. 174(2)(i) de la Loi sur les banques — L'accord est illégal et nul selon la loi et la common law et il constitue un excès de pouvoir de la part de la banque.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada finding that a valid partnership had been created by the parties under subsection 97(2) of the *Income Tax Act* and consequently that the taxpayer was allowed to dispose of assets without triggering recapture. The respondent (Leasing) was incorporated in 1981 as a wholly owned subsidiary of the Continental Bank of Canada (Continental). Due to financial difficulties and the economic sluggishness of the 1980's, Continental was forced to sell Leasing. The most favourable was that of Central Capital Corporation (Central). After a number of unsuccessful negotiations, Central offered to purchase Leasing through a restructured transaction involving a partnership, which had as a feature the isolation of corporate liabilities. That proposal was set down in a master agreement which generally contemplated the transfer of Leasing's business and assets to a partnership involving Leasing and two wholly owned subsidiaries of Central. The Crown

Il s'agit de l'appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'une véritable société de personnes avait été créée par les parties conformément au paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'en conséquence, la contribuable avait le droit de disposer de ses biens sans déclencher de récupération. L'intimée (Leasing) a été constituée en personne morale en 1981 à titre de filiale possédée en propriété exclusive de la Banque Continentale du Canada (Continentale). En raison de difficultés financières et de la stagnation économique des années quatre-vingts, la Continentale a été forcée de vendre la Leasing. L'offre d'achat la plus avantageuse était celle de la Central Capital Corporation (Central). Après plusieurs négociations infructueuses, la Central a offert d'acheter la Leasing dans le cadre d'une opération restructurée impliquant la création d'une société de personnes qui se caractérisait notamment par la non-responsabilité des associés à l'égard des dettes de la société. Cette

reassessed the taxpayer on the basis that no partnership had been created. The Tax Court Judge found that the transaction was not a sham, but a valid, subsisting partnership into which assets were transferred pursuant to subsection 97(2) of the Act. Three issues were raised on appeal: 1) whether the transaction was a sham; 2) whether a valid partnership had been created; 3) whether the partnership agreement was illegal under the *Bank Act*.

Held, the appeal should be allowed.

1) A sham transaction is one set up or conducted with an element of deceit so as to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction. The parties herein did not intend to deceive third parties, including the Minister. Absent the essential component of deceit, the present transaction could not be considered a sham according to current Canadian law. However, just because a transaction is not a sham, it does not necessarily follow that it was legally effective to achieve the tax savings the parties intended. In every instance, a court will look to the true commercial and practical nature of a taxpayer's transactions.

2) The proper question was whether the parties met the legal requirements to form a partnership. Partnership is a contractual relation, an agreement between two or more persons to run a business together in order to make profit. The existence of partnership is in every case determined by what the parties actually intended. Form must give way in this analysis to the substance of the relationship which is the key element. What occurred herein as mere incidents of adopting a form of partnership could not be seen as substantive evidence of an intention to create a partnership in fact. It was not a business carried on in common with a view to profit. The parties, rather, intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership even though, in reality, it was not one. According to subsection 3(3) of the *Ontario Partnerships Act*, profit sharing is evidence, but not conclusive evidence, of a partnership. In this case, the taxpayer was not even legally entitled to a share of profits since it was not a partner at the fiscal year-end. Therefore, it was not entitled to a share of the revenues paid. There was no business activity going on during the three day period over the Christmas holidays when the purported partnership was meant to be operating. Moreover, the testimonial evidence clearly demonstrated a lack of *bona*

proposition a été consignée par écrit dans un accord principal qui prévoyait de façon générale le transfert de l'entreprise et des éléments d'actif de la Leasing à une société de personnes composée de la Leasing et de deux filiales possédées en propriété exclusive de la Central. Sa Majesté a fixé de nouveau l'impôt de la contribuable en partant du principe qu'aucune société n'avait été créée. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'opération n'était pas un trompe-l'œil, mais qu'elle avait eu pour effet de créer une société de personnes valide et encore en existence à laquelle des éléments d'actif avaient été vraisemblablement transférés conformément au paragraphe 97(2) de la Loi. L'appel soulève trois questions: 1) L'opération était-elle un trompe-l'œil? (2) Une société de personnes valide a-t-elle été créée? (3) Le contrat de société était-il illégal selon la *Loi sur les banques*?

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

1) Le trompe-l'œil est une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au fisc le contribuable ou la nature réelle de l'opération. Les parties n'avaient pas l'intention de tromper des tiers, y compris le ministre. En l'absence de l'élément essentiel de la tromperie, la présente opération ne peut être considérée comme un trompe-l'œil suivant la jurisprudence canadienne actuelle. Toutefois, du simple fait qu'elle n'est pas un trompe-l'œil, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'opération produit les effets juridiques nécessaires pour permettre aux parties de réaliser les économies d'impôt qu'elle voulaient obtenir. Dans chaque cas, le tribunal examine la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable.

2) La bonne question à se poser est celle de savoir si les parties respectaient les conditions prévues par la loi pour former une société. La société de personnes (ou société en nom collectif) est une relation contractuelle, un accord conclu entre deux ou plusieurs personnes en vue d'exploiter en commun une entreprise dans un but lucratif. L'existence d'une société de personnes dépend dans chaque cas de la volonté effective des parties. Dans cette analyse, la forme doit céder le pas au fond de la relation, qui est l'élément clé. Les événements qui se sont produits en l'espèce ne constituent que de simples éléments accessoires de l'adoption d'une forme de société et ne peuvent être considérés comme des éléments de preuve de fond qui tendraient à démontrer l'existence d'une intention de créer effectivement une société. Il ne s'agissait pas d'une entreprise exploitée en commun dans le but de tirer un profit. Les parties avaient plutôt l'intention de procéder à une vente d'éléments d'actif en recourant à un dispositif qu'elles ont choisi d'appeler une société de personnes même si, en réalité, il n'en s'agissait pas d'une. Suivant le paragraphe 3(3) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario, le partage des bénéfices constitue un élément de preuve mais non une preuve concluante de l'existence d'une société de personnes. En l'espèce, la contribuable

fide partnership intention. The approval by the Governor in Council of the sale of Continental's assets to Lloyds Bank had the effect of restricting Continental to carrying on business only to the extent necessary to wind up its affairs. Where the object of an arrangement is to wind up a business, the arrangement is not a partnership. In this case, the arrangement was just a vehicle to sell assets that did not trigger certain tax consequences. That was its sole purpose. Since no partnership was created, subsection 97(2) of the *Income Tax Act* was unavailable to the parties.

3) Even if the arrangement was found to constitute a partnership, the participation therein of Leasing and Continental would be invalid for contravention of the *Bank Act*. Banks are prohibited by paragraph 174(2)(i) of the *Bank Act* from participating in a partnership because of the joint and several liability which partners carry to each other. By becoming a partner, a bank exposes the affairs of its clients and depositors to liabilities quite unrelated to the bank's objects or activities. This exposure is a public hazard. Continental clearly participated in a partnership by allowing Leasing, its wholly owned subsidiary, to join it. This conduct violated the *Bank Act*. A partnership agreement, like any other contract, may be rendered illegal and void either expressly through statute or by common law. The agreement herein was made illegal and void both by statute and by common law. Section 34 of the *Partnerships Act* (dissolution by any event making it unlawful for members to carry on business in partnership) expressly dissolved any partnership that may have been established. The prohibition contained in section 174 of the *Bank Act* was meant to protect the public. The bank's violation of that provision circumvented the public protection intended by the prohibition and was clearly unlawful within the meaning of section 34 of the *Partnerships Act*. It was also a criminal act. Moreover, the participation of Leasing and Continental in the partnership was illegal at common law and *ultra vires* the bank. The taxpayer relied on subsections 18(1) and 20(1) of the *Bank Act* to offset the illegality and *ultra vires* doctrines. Subsection 18(1) must be considered in the light of paragraph 174(2)(i) which states that a bank shall not in any manner participate in a partnership. This mandatory prohibition limits a bank's ability to act as though it were a natural person. The act of entering into a partnership, with the full knowledge that

n'avait même pas légalement le droit de participer aux bénéfices, étant donné qu'elle n'était pas un associé lors de la clôture de l'exercice. Elle n'avait donc pas le droit de participer aux bénéfices qui ont été versés. Aucune activité commerciale n'a été exercée au cours de la période de trois jours des vacances de Noël pendant laquelle la société est censée avoir été exploitée. Qui plus est, la preuve testimoniale démontre à l'évidence le caractère fictif de la volonté des parties de créer une société de personnes. L'approbation par le gouverneur en conseil de la vente des éléments d'actif de la Continentale à la Banque Lloyds a eu pour effet d'obliger la Continentale à ne poursuivre ses activités que dans la mesure nécessaire pour procéder à sa liquidation. Lorsque l'objet d'une opération est de liquider une entreprise, l'opération ne constitue pas une société. En l'espèce, l'opération en cause ne constituait qu'un moyen employé pour vendre les éléments d'actif d'une façon qui n'entraînerait pas certaines conséquences fiscales. C'était son seul objet. Comme aucune société de personnes n'a été créée, les parties ne peuvent pas se prévaloir du paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

3) Même si l'on devait conclure que l'opération constitue une société de personnes, la participation de la Leasing et de la Continentale dans la société serait également invalide en raison de leur contravention à la *Loi sur les banques*. L'alinéa 174(2)(i) de la *Loi sur les banques* interdit aux banques de participer de quelque façon que ce soit à une société de personnes en raison de la responsabilité solidaire à laquelle les associés sont tenus les uns envers les autres. En devenant un associé, une banque expose de façon illimitée les affaires de ses clients et de ses déposants à des obligations qui n'ont rien à voir avec les objets ou les activités de la banque. Ce risque constitue un danger public. La Continentale a de toute évidence participé à une société de personnes en permettant à la Leasing, la filiale qu'elle possédait en propriété exclusive, d'en faire partie. Cette conduite violait la *Loi sur les banques*. On peut rendre un contrat illégal et nul, au même titre que tout autre contrat, soit de façon expresse, au moyen d'une loi, soit par la common law. Tant la loi que la common law ont rendu illégal et nul l'accord qui a été conclu en l'espèce. L'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* (dissolution par suite d'un événement qui rend illégal l'exploitation de l'entreprise de la société) a expressément dissous toute société qui a pu être constituée en l'espèce. L'interdiction contenue à l'article 174 de la *Loi sur les banques* visait à protéger le public. La violation de cette disposition par la banque a porté atteinte à la protection du public visée par l'interdiction et était manifestement illégale au sens de l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. C'était également un acte criminel. Qui plus est, la participation de la Leasing et de la Continentale dans la société était illégale en common law et elle constitue un excès de pouvoir de la part de la banque. La contribuable a invoqué les paragraphes 18(1)

doing so would violate the *Bank Act*, and for the sole purpose of obtaining the deferral of a tax liability, is not protected by subsection 20(1) of the Act. This is a saving provision intended to keep from being rendered invalid illegal transactions so as to protect innocent parties who rely on the bank's authority. The Court had to apply the doctrine of illegality and *ultra vires* and to view Continental's actions as invalid. No provision expressly authorizes a bank to enter a partnership, whether during the winding up of its affairs or at any other time.

et 20(1) de la *Loi sur les banques* pour contrebalancer la théorie de l'illégalité et celle de l'excès de pouvoir. Le paragraphe 18(1) doit être examiné en tenant compte de l'alinéa 174(2)i), qui interdit à toute banque de participer de quelque façon que ce soit à une société de personnes. Cette interdiction impérative limite la capacité d'une banque d'agir comme si elle était une personne physique. L'acte consistant à participer à une société de personnes en sachant parfaitement que l'on viole ainsi la *Loi sur les banques* et dans le seul but d'obtenir le report d'une obligation fiscale n'est pas protégé par le paragraphe 20(1) de la Loi. Il s'agit d'une disposition d'exception qui vise à empêcher l'annulation d'opérations illégales lorsque, ce faisant, on léserait des personnes de bonne foi qui se sont fiées aux pouvoirs de la banque. La Cour doit appliquer la théorie de l'illégalité et de l'excès de pouvoir et considérer les actes de la Continentale comme nuls. La Loi ne renferme aucune disposition qui autorise expressément une banque à participer à une société de personnes, que ce soit au cours de sa liquidation ou à tout autre moment.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to incorporate Continental Bank of Canada, S.C. 1976-77, c. 58.
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 18(1), 20(1), 173(1)(f), 174(2),(16), 273(6).
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 203 (as am. by S.C. 1978-79, c. 9, s. 65).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), ss. 97(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; 1985, c. 45, s. 49).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34.
Partnerships Act, R.S.O. 1980, c. 370, ss. 2, 3(3), 10, 11, 12, 13, 34.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82; [1954] 2 D.L.R. 273; [1954] C.T.C. 34; (1954), 54 DTC 1020; *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1993] 1 F.C. 622; [1993] 1 C.T.C. 36; (1993), 59 F.T.R. 139 (T.D.); aff'd [1995] 2 C.T.C. 320; (1995), 95 DTC 5575; 185 N.R. 231 (F.C.A.); *Davis v. Davis*, [1894] 1 Ch. 393; *Schultz v. Canada*, [1996] 1 F.C. 423; (1995), 95 DTC 5657 (C.A.); *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603; *Wenlock (Baroness) v. River Dee Company* (1885), 10 App. Cas. 354 (H.L.);

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi constituant en corporation la Banque Continentale du Canada, S.C. 1976-77, ch. 58.
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. 97(2) (mod. par S.C. 1980-81-92-83, ch. 140, art. 58; 1985, ch. 45, art. 49).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 34.
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 18(1), 20(1), 173(1)(f), 174(2),(16), 273(6).
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, ch. 33 (mod. par S.C. 1978-79, ch. 9, art. 1), art. 203 (mod., *idem*, art. 65).
Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1980, ch. 370, art. 2, 3(3), 10, 11, 12, 13, 24.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82; [1954] 2 D.L.R. 273; [1954] C.T.C. 34; (1954), 54 DTC 1020; *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1993] 1 C.F. 622; [1993] 1 C.T.C. 36; (1993), 59 F.T.R. 139 (1^{re} inst.); conf. à [1995] 2 C.T.C. 320; (1995), 95 DTC 5575; 185 N.R. 231 (C.A.F.); *Davis v. Davis*, [1894] 1 Ch. 393; *Schultz c. Canada*, [1996] 1 F.C. 423; (1995), 95 DTC 5657 (C.A.); *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603; *Wenlock (Baroness) v. River Dee Company* (1885), 10 App. Cas. 354 (H.L.);

Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 S.C.R. 388; (1991), 85 D.L.R. (4th) 88; [1992] 1 W.W.R. 193; 8 C.B.R. (3d) 121; 76 Man. R. (2d) 1; 131 N.R. 81; 10 W.A.C. 1.

CONSIDERED:

Canadian Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank (1986), 75 A.R. 333; [1986] 5 W.W.R. 531; 46 Alta. L.R. (2d) 111; 62 C.B.R. (N.S.) 205 (Q.B.).

REFERRED TO:

Friedberg (A.D.) v. Canada, [1992] 1 C.T.C. 1; (1991), 92 DTC 6031; 135 N.R. 61 (F.C.A.); aff'd [1993] 4 S.C.R. 285; [1993] 2 C.T.C. 306; (1993), 93 DTC 5507; 160 N.R. 312; *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *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; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229; 133 D.L.R. (3d) 321 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1982] 1 S.C.R. vi; *Pooley v. Driver* (1876), 5 Ch. D. 458; *Collins v. Barker*, [1893] 1 Ch. 578; *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328; [1926] 2 D.L.R. 340; *Stekel v. Ellice*, [1973] 1 W.L.R. 191 (Ch. D.); *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.); *Coates & Another v. Williams* (1852), 7 Ex. 205; 155 E.R. 918; *Janes v. Whitbread and Others* (1851), 11 C.B. 406; 138 E.R. 530; *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.); *van Halderen (G.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2187; (1993), 94 DTC 1027 (T.C.C.); *Northern Crown Bank v. Great West Lumber Co.* (1914), 7 Alta. L.R. 183; 17 D.L.R. 593; 6 W.W.R. 528 (C.A.); *White et al. v. The Bank of Toronto et al.*, [1953] O.R. 479; [1953] 3 D.L.R. 118 (C.A.); *Williams v. Jones* (1826), 5 B. & C. 108; 108 E.R. 40 (K.B.); *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.); *Distribulite Ltd. v. Toronto Board of Education Staff Credit Union* (1987), 62 O.R. (2d) 225; 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C.).

AUTHORS CITED

Banks, R. C. l'Anson. *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
Cheshire, G. C. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. London: Butterworths, 1991.
Fraser & Stewart Company Law of Canada, 6th ed. by Sutherland, H. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 R.C.S. 388; (1991), 85 D.L.R. (4th) 88; [1992] 1 W.W.R. 193; 8 C.B.R. (3d) 121; 76 Man. R. (2d) 1; 131 N.R. 81; 10 W.A.C. 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canadian Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank (1986), 75 A.R. 333; [1986] 5 W.W.R. 531; 46 Alta. L.R. (2d) 111; 62 C.B.R. (N.S.) 205 (B.R.).

DÉCISIONS CITÉES:

Friedberg (A.D.) c. Canada, [1992] 1 C.T.C. 1; (1991), 92 DTC 6031; 135 N.R. 61 (C.A.F.); conf. à [1993] 4 R.C.S. 285; [1993] 2 C.T.C. 306; (1993), 93 DTC 5507; 160 N.R. 312; *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *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; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229; 133 D.L.R. (3d) 321 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée à [1982] 1 R.C.S. vi; *Pooley v. Driver* (1876), 5 Ch. D. 458; *Collins v. Barker*, [1893] 1 Ch. 578; *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328; [1926] 2 D.L.R. 340; *Stekel v. Ellice*, [1973] 1 W.L.R. 191 (Ch. D.); *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.); *Coates & Another v. Williams* (1852), 7 Ex. 205; 155 E.R. 918; *Janes v. Whitbread and Others* (1851), 11 C.B. 406; 138 E.R. 530; *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.); *van Halderen (G.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2187; (1993), 94 DTC 1027 (C.C.I.); *Northern Crown Bank v. Great West Lumber Co.* (1914), 7 Alta. L.R. 183; 17 D.L.R. 593; 6 W.W.R. 528 (C.A.); *White et al. v. The Bank of Toronto et al.*, [1953] O.R. 479; [1953] 3 D.L.R. 118 (C.A.); *Williams v. Jones* (1826), 5 B. & C. 108; 108 E.R. 40 (K.B.); *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.); *Distribulite Ltd. v. Toronto Board of Education Staff Credit Union* (1987), 62 O.R. (2d) 225; 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C.).

DOCTRINE

Banks, R. C. l'Anson. *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
Cheshire, G. C. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. London: Butterworths, 1991.
Fraser & Stewart Company Law of Canada, 6th ed. by Sutherland, H. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Halsbury's Laws of England, vol. 35, 4th ed. reissue.
London: Butterworths, 1994.

Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough,
Ont.: Carswell, 1991.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed.
Toronto: Canada Law Book, 1993.

Ziegel, Jacob S. *Studies in Canadian Company Law*,
vol. 2. Toronto: Butterworths, 1973.

Halsbury's Laws of England, vol. 35, 4th ed. reissue.
London: Butterworths, 1994.

Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough,
Ont.: Carswell, 1991.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed.
Toronto: Canada Law Book, 1993.

Ziegel, Jacob S. *Studies in Canadian Company Law*,
vol. 2. Toronto: Butterworths, 1973.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1995] 1 C.T.C. 2135; (1994), 94 DTC 1858) finding that a valid partnership had been created under subsection 97(2) of the *Income Tax Act* which allowed the taxpayer to dispose of assets without triggering recapture. Appeal allowed.

APPEL d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu ([1995] 1 C.T.C. 2135; (1994), 94 DTC 1858) qu'une société de personnes valide avait été créée conformément au paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet au contribuable de vendre des biens sans déclencher de récupération. Appel accueilli.

COUNSEL:

Larry R. Olsson, Q.C., S. Patricia Lee and James C. Yaskowich for appellant.

H. Lorne Morphy, Q.C., John Unger and Kent E. Thomson for respondent.

AVOCATS:

Larry R. Olsson, c.r., S. Patricia Lee et James C. Yaskowich pour l'appelante.

H. Lorne Morphy, c.r., John Unger et Kent E. Thomson pour l'intimée.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, for respondent.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

1 LINDEN J.A.: The main issue in this appeal is whether the taxpayer, Continental Bank Leasing Corporation (Leasing), is permitted to take advantage of subsection 97(2) of the *Income Tax Act*,¹ a rollover provision which, if available, would allow Leasing to dispose of assets without triggering recapture. What is involved was a purported disposition to a "partnership that immediately after that time was a Canadian partnership of which the taxpayer was a member". Subsection 97(2) reads in full:

97. . . .

1 LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La principale question en litige dans le présent appel est celle de savoir si la contribuable, la Continental Bank Leasing Corporation (Leasing), a le droit de se prévaloir du paragraphe 97(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, une disposition de transfert libre d'impôt qui, si elle pouvait l'invoquer, permettrait à la Leasing de disposer d'éléments d'actif sans déclencher de récupération. Le litige porte sur la disposition qui aurait été faite en faveur d'«une société qui, immédiatement après cette date, était une société canadienne dont le contribuable était membre». Voici le texte intégral du paragraphe 97(2):

97. . . .

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, other than subsection 85(5.1), where at any time after November 12, 1981 a taxpayer has disposed of any capital property, a Canadian resource property, a foreign resource property, an eligible capital property or an inventory to a partnership that immediately after that time was a Canadian partnership of which the taxpayer was a member, if the taxpayer and all the other members of the partnership have jointly so elected in prescribed form and within the time referred to in subsection 96(4), the following rules apply:

(a) the provisions of paragraphs 85(1)(a) to (f) apply to the disposition as if

(i) the reference therein to "corporation's cost" were read as a reference to "partnership's cost",

(ii) the reference therein to "other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares" and to "other than shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares" were read as references to "other than an interest in the partnership",

(iii) the references therein to "shareholder of the corporation" were read as references to "member of the partnership",

(iv) the references therein to "the corporation" were read as references to "all the other members of the partnership", and

(v) the references therein to "to the corporation" were read as references to "to the partnership";

(b) in computing, at any time after the disposition, the adjusted cost base to the taxpayer of his interest in the partnership immediately after the disposition,

(i) there shall be added the amount, if any, by which the taxpayer's proceeds of disposition of the property exceed the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property, and

(ii) there shall be deducted the amount, if any, by which the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property so disposed of by him exceeds the fair market value of the property at the time of the disposition; and

(c) where the property so disposed of by the taxpayer to the partnership is taxable Canadian property of the taxpayer, the interest in the partnership received by him

(2) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, sauf le paragraphe 85(5.1), lorsque, à une date quelconque après le 12 novembre 1981, un contribuable a disposé d'un de ses biens en immobilisation, d'un avoir minier canadien, d'un avoir minier étranger, d'un bien en immobilisation admissible ou des biens d'un inventaire, en faveur d'une société qui, immédiatement après cette date, était une société canadienne dont le contribuable était membre, et que le contribuable et tous les autres membres de la société ont fait conjointement un choix à cet égard selon le formulaire prescrit et dans le délai mentionné au paragraphe 96(4), les règles suivantes s'appliquent:

a) les alinéas 85(1)a) à f) s'appliquent à la disposition comme si un renvoi à

(i) «pour la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «pour la société»,

(ii) «autre que toutes actions du capital-actions de la corporation ou un droit d'en recevoir» était interprété comme étant un renvoi à «autre qu'une participation dans la société»,

(iii) «actionnaire de la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «membre de la société»,

(iv) «la corporation» était interprété comme étant un renvoi à «tous les autres membres de la société», et

(v) «à la corporation», était interprété comme étant un renvoi à «la société»;

b) dans le calcul, à une date quelconque après la date de la disposition, du prix de base rajusté, pour le contribuable, de sa participation dans la société, immédiatement après la disposition,

(i) il doit être ajouté, à la fraction, si fraction il y a, du produit que le contribuable a tiré de la disposition des biens qui est en sus de la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie (autre qu'une participation dans la société) reçue par le contribuable pour les biens, et

(ii) il doit être déduit de la fraction, si fraction il y a, de la juste valeur marchande, à la date de la disposition, de la contrepartie (autre qu'une participation dans la société) reçue par le contribuable pour les biens dont il a ainsi disposé qui est en sus de leur juste valeur marchande à la date de la disposition; et

c) lorsque les biens dont le contribuable a ainsi disposé en faveur de la société sont des biens canadiens imposables du contribuable, la participation dans la société

as consideration therefor shall be deemed to be taxable Canadian property of the taxpayer.

qu'il a reçue en contrepartie est réputée être un bien canadien imposable du contribuable.

A. FACTS

A. LES FAITS

2 The relevant facts of this case are as follows. The Continental Bank of Canada (Continental) was incorporated in 1977 by a special Act of Parliament.² The respondent Leasing was incorporated in 1981 as a wholly owned subsidiary of Continental, as part of its amalgamation with Industrial Acceptance Corporation, a large leasing and financing company. The order in council permitting this amalgamation allowed Continental to hold directly only those leases obtained in the amalgamation. Consequently, any new leases, by virtue of paragraph 173(1)(j) of the *Bank Act* [R.S.C., 1985, c. B-1], were required to be held through a subsidiary. Leasing was incorporated as this subsidiary, and following the amalgamation, all new leasing transactions were performed through it.

2 Les faits pertinents de la présente affaire sont les suivants. La Banque Continentale du Canada (Continental) a été constituée en personne morale en 1977 sous le régime d'une loi fédérale spéciale². L'intimée, la Leasing, a été constituée en personne morale en 1981 à titre de filiale en propriété exclusive de la Continentale, dans le cadre de la fusion de celle-ci et de l'Industrial Acceptance Corporation, une importante compagnie de crédit-bail et de financement. Le décret autorisant cette fusion ne permettait à la Continentale de détenir directement que les baux acquis lors de la fusion. Par conséquent, elle ne pouvait, aux termes de l'alinéa 173(1)j) de la *Loi sur les banques* [L.R.C. (1985), ch. B-1], détenir de nouveaux baux que par l'entremise d'une filiale. La Leasing a été constituée à cette fin en personne morale à titre de filiale de la Continentale et, à la suite de la fusion, toutes les nouvelles opérations de crédit-bail ont été exécutées par l'intermédiaire de cette filiale.

3 In the mid-1980s, Continental encountered financial difficulty and was forced to sell Leasing. The difficulties were largely occasioned by the economic sluggishness of the 1980s, which caused a decline in investor confidence in the second-tier banks. When two second-tier banks went bankrupt in 1985, failing investor confidence went into an even steeper decline.³ Many investments relied upon by second-tier banks, such as term deposits, were not renewed as a result, and access to money markets quickly eroded. Continental found itself in a serious predicament.

3 Au milieu des années quatre-vingt, la Continentale a rencontré des difficultés financières et a été forcée de vendre la Leasing. Ces difficultés étaient largement imputables à la stagnation économique des années quatre-vingt qui avait entraîné une baisse de confiance chez les investisseurs à l'égard des banques de deuxième rang. Lorsque deux banques de deuxième rang ont fait faillite en 1985, la confiance déjà ébranlée des investisseurs a connu un déclin encore plus prononcé³. Bon nombre des investissements sur lesquels les banques de deuxième rang comptaient, comme les dépôts à terme, n'ont pas été renouvelés, de sorte que l'accès aux marchés monétaires s'est rapidement effrité. La Continentale s'est retrouvée dans une situation difficile.

4 In response to this crisis, Continental ultimately decided to close its doors. In 1986, it agreed with Lloyds Bank of London to sell to Lloyds substantially all of its assets. Lloyds, however, did not want the leasing business, which meant that Continental

4 Pour répondre à cette crise, la Continentale a finalement décidé de cesser ses activités. En 1986, elle a convenu avec la Banque Lloyds de Londres de vendre à celle-ci la plus grande partie de ses éléments d'actif. Toutefois, la Banque Lloyds ne vou-

had to dispose of Leasing by other means. Continental sent information packages to a variety of potential purchasers of Leasing. A number of bids were received, with the most favourable coming from a company named Central Capital Corporation (Central). Continental pursued negotiations with Central, which in turn made a number of successive offers to purchase Leasing. These negotiations culminated in an offer dated and accepted by Continental on October 15, 1986, which transaction, however, was later aborted.

5 Under the aborted transaction, Central had agreed to purchase the business of Leasing through a purchase of Leasing's shares. The purchase price named by Central reflected certain tax considerations, the most important of which involved the depreciated value of Leasing's assets. Over the years, Leasing had taken almost the full extent of capital cost allowance permissible on its assets. The tax value of its assets, therefore, was far below their fair market value.⁴ Any sale of the assets for a price above their tax value would therefore trigger recapture. This unrealized liability factored prominently in Central's negotiations with Continental, and was the primary reason why Central initially suggested a share purchase in its bid to acquire Leasing and its assets.

6 The October transaction, however, soon foundered. It had been made subject to a number of conditions, and one of these eventually led to the deal's undoing. Central had agreed to purchase Leasing only upon being satisfied with the income tax filing position taken by Leasing in the 1986 and five prior taxation years. A due diligence review performed by Central in respect of these filings revealed a significant possible tax liability. Central asked Continental to agree to indemnify it should

lait pas de l'entreprise de crédit-bail. La Continentale s'est donc vue forcée de se départir de la Leasing par un autre moyen. Elle a envoyé une pochette d'information à divers acheteurs éventuellement intéressés à la Leasing. Elle a reçu plusieurs offres. La plus favorable venait d'une compagnie appelée Central Capital Corporation (Central). La Continentale a entamé des négociations avec la Central, qui lui a à son tour fait plusieurs offres successives en vue de se porter acquéreur de la Leasing. Ces négociations ont débouché sur une offre datée et acceptée par la Continentale le 15 octobre 1986. Ce marché n'a cependant pas eu de suite.

Aux termes de l'opération qui a avorté, la Central 5 avait convenu d'acheter l'entreprise de la Leasing par le biais de l'achat d'actions de la Leasing. Pour calculer le prix d'achat, la Central avait tenu compte de certaines considérations d'ordre fiscal, dont la plus importante concernait la dépréciation des éléments d'actif de la Leasing. Au fil des ans, la Leasing avait utilisé la presque totalité de la déduction pour amortissement qu'elle pouvait réclamer à l'égard de ses éléments d'actif. La valeur fiscale de ses éléments d'actif était donc de beaucoup inférieure à leur juste valeur marchande⁴. Toute vente des éléments d'actif à un prix supérieur à leur valeur fiscale devait donc donner lieu à une récupération. Cette obligation en puissance a joué un rôle important dans les négociations que la Central a entamées avec la Continental et constitue la principale raison pour laquelle la Central a d'abord offert d'acheter les actions dans l'offre qu'elle a faite à la Continentale en vue d'acquérir la Leasing et ses éléments d'actif.

L'opération d'octobre s'est toutefois vite effondrée. Elle était assortie de plusieurs conditions et l'une d'entre elles a finalement conduit à l'échec du marché. La Central avait accepté d'acheter la Leasing uniquement si elle était satisfaite de la position de la Leasing lors de la production de sa déclaration de revenus en 1986 et au cours des cinq années d'imposition précédentes. Après avoir procédé à l'examen des déclarations en question, la Central a constaté l'existence d'une éventuelle obligation 6

the liability materialize, but Continental refused. There were also some problems with the creditworthiness of seven lessees. The parties found themselves at an impasse and the share deal died.

fiscale importante. La Central a demandé à la Continentale d'accepter de l'indemniser si cette obligation se concrétisait, mais la Continentale a refusé. La solvabilité de sept locataires posait également un problème. Les parties étaient dans une impasse et le marché conclu au sujet des actions est tombé.

7 By mid-December, however, the parties renewed their negotiations based on a new proposal suggested by Central's tax counsel in Calgary. Under the proposal, Central offered to purchase Leasing through a restructured transaction involving a partnership, which had as a feature the isolation of corporate liabilities. It seemed to be a convenient replacement for the defunct share transaction, because it appeared to duplicate the favourable tax consequences of the old deal while simultaneously eliminating the contingent tax liability. It also would allow the parties to take advantage of subsection 97(2). The impasse created by the due diligence review was overcome and the tax situation would be favourable.

Toutefois, vers la mi-décembre, les parties ont repris les négociations sur le fondement d'une nouvelle proposition suggérée par l'avocat fiscaliste de la Centrale à Calgary. Aux termes de cette proposition, la Centrale offrait d'acheter la Leasing dans le cadre d'une opération restructurée impliquant la création d'une société de personnes. Cette société de personnes se caractérisait notamment par la non-responsabilité des associés à l'égard des dettes de la société. Il semblait s'agir d'une solution de rechange acceptable à l'opération défunte de vente des actions, parce qu'elle semblait reprendre les incidences fiscales favorables du premier marché tout en supprimant en même temps l'obligation fiscale éventuelle. Cette solution devait également permettre aux parties de se prévaloir du paragraphe 97(2). L'impasse créée par le contrôle préalable était ainsi surmontée et la situation fiscale devenait favorable.

8 The imaginative and sophisticated proposal was set down in a master agreement. This agreement generally contemplated the transfer of Leasing's business and assets to a partnership involving Leasing and two wholly owned subsidiaries of Central. The provisions of the agreement outlined detailed steps to be taken and it was complied with by all concerned parties.

Cette proposition imaginative et complexe a été consignée dans un accord principal. Cet accord prévoyait de façon générale le transfert de l'entreprise et des éléments d'actif de la Leasing à une société de personnes composée de la Leasing et des deux filiales en propriété exclusive de la Central. Les stipulations de l'accord exposaient en détail les dispositions à prendre et tous les intéressés s'y sont conformés.

9 First, on December 24, 1986, Leasing purported to form a partnership with two Central subsidiaries, 693396 Ontario Ltd. and Central Capital Management Inc. Leasing then transferred its assets to the purported partnership in return for a 99% interest in it. Central's two subsidiaries each contributed cash to the partnership representing 1% of the fair market sale value of the assets contributed by Leasing.⁵ Each in turn took back a 0.5% interest in the partnership.

En premier lieu, le 24 décembre 1986, la Leasing a prétendu former une société de personnes avec les deux filiales de la Central, à savoir la 693396 Ontario Ltd. et la Central Capital Management Inc. La Leasing a ensuite transféré ses éléments d'actif à la prétendue société de personnes en contrepartie d'une participation de 99 pour cent dans celle-ci. Les deux filiales de la Central ont chacune fait dans la société un apport en numéraire représentant un pour cent de la juste valeur marchande des éléments d'actif apportés par la Leasing⁵. Chacune des filiales a, à son

tour, reçu une participation de 0,5 pour cent dans la société.

10 The transfer of assets was later claimed as a partnership rollover pursuant to subsection 97(2). A central aspect of a rollover such as this is that the parties are required to elect a value for the assets transferred. The election effectively allows the parties to choose between certain tax consequences arising upon the transfer. The value elected in the present instance was the undepreciated capital cost of the assets. By electing this value, the recapture liability was effectively transferred with the assets into the partnership.

La contribuable a par la suite considéré le transfert des éléments d'actif comme un transfert libre d'impôt fait à une société au sens du paragraphe 97(2). Un des aspects essentiels de ce genre de transfert libre d'impôt est que les parties doivent attribuer une valeur aux éléments d'actif transférés. Ce choix a pour effet de permettre aux parties de choisir entre certaines des incidences fiscales qui surviennent lors du transfert. La valeur qui a été retenue en l'espèce était la fraction non amortie du coût en capital des éléments d'actif. En choisissant cette valeur, les parties ont transféré l'obligation de payer la récupération à la société en même temps que les éléments d'actif.

10

11 Second, on December 27, 1986, a year-end was triggered for the partnership.⁶ The idea for a year-end emerged during the original negotiations over the partnership proposal. In those negotiations, representatives of the taxpayer expressed concern that the partnership "be, and be seen to be, a credible partnership where the parties actually were partners for a period of time."⁷ The parties therefore adjusted the original proposal, by extending the duration of the partnership from one day to five,⁸ and by providing for an event to demonstrate that a partnership had in fact existed. The event chosen was a fiscal year-end to transpire at midnight on December 27. Also on December 27, Leasing wound up into Continental, and its 99% partnership interest was transferred to it.

Deuxièmement, le 27 décembre 1986, on a fixé la fin de l'exercice de la société⁶. L'idée de la clôture de l'exercice avait surgi lors de la première séance de négociations qui avait eu lieu au sujet de la proposition de création de la société. Lors de ces négociations, des représentants de la contribuable avaient déclaré qu'ils tenaient à ce que la société [TRADUCTION] «soit — et soit perçue comme étant — une société crédible au sein de laquelle les intéressés ont été effectivement associés pendant une certaine période de temps»⁷. Les parties ont donc modifié la proposition initiale en portant d'un à cinq jours la durée de la société⁸ et en prévoyant la survenance d'un événement pour démontrer que la société de personnes avait effectivement existé. L'événement qui a été retenu était la clôture de l'exercice, qui devait se produire à minuit le 27 décembre. De plus, le 27 décembre, l'entreprise de la Leasing a été liquidée et absorbée par la Continentale et sa participation de 99 pour cent dans la société a été transférée à la Continentale.

11

12 Third, two days later, on December 29, 1986, Continental sold this partnership interest for \$130,071,985 to two numbered companies wholly owned by Central.

En troisième lieu, deux jours plus tard, le 29 décembre 1986, la Continentale a vendu sa participation dans la société au prix de 130 071 985 \$ à deux compagnies à dénomination numérique qui appartenaient en propriété exclusive à la Central.

12

13 The Crown reassessed the taxpayer on the basis that no partnership was created. The issue was

Sa Majesté a fixé de nouveau l'impôt de la contribuable en partant du principe qu'aucune société

13

eventually brought to trial, and the Tax Court Judge decided in favour of the taxpayer.⁹ To summarize briefly, the Judge found that the transaction was not a sham. It was, rather, what it purported to be, a valid, subsisting partnership into which assets were validly transferred pursuant to subsection 97(2) of the Act. Accordingly, it was a legally binding deal, and the scheme worked to defer the recapture liability. The Tax Court Judge also rejected the Crown's arguments based on illegality and *ultra vires*.

- 14 The Crown appealed the Tax Court decision to this Court, arguing that a real partnership was not created so that subsection 97(2) was unavailable to the parties. This, it was argued, meant that there should be recapture in the hands of Leasing. Further, even if there was a partnership created, it was void because of illegality or *ultra vires*. In response to the Crown's arguments, the taxpayer essentially relied on the Tax Court's reasons.

B. ANALYSIS

1. Sham

- 15 In order for the sham doctrine to be applied, a court must find an element of deceit in the way a transaction was either set up or conducted. This requirement is central to the doctrine and was stated as follows in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*:¹⁰

A sham transaction [is] . . . a transaction conducted with an element of deceit so as to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction; or, simple deception whereby the taxpayer creates a facade of reality quite different from the disguised reality.¹¹

The doctrine is applied very narrowly in Canada. I agree with the Tax Court Judge that the parties here

n'avait été créée. La question a finalement été soumise à un juge de la Cour de l'impôt, qui a donné gain de cause à la contribuable⁹. En résumé, le juge a conclu que l'opération n'était pas un trompe-l'œil, mais plutôt ce qu'elle se voulait, à savoir une société de personnes valide et encore en existence à laquelle des éléments d'actif avaient été valablement transférés conformément au paragraphe 97(2) de la Loi. Il s'agissait par conséquent d'un accord exécutoire et le stratagème a eu pour effet de reporter l'obligation de payer la récupération. Le juge de la Cour de l'impôt a également jugé mal fondés les moyens tirés de l'illégalité et de l'excès de pouvoir que Sa Majesté avait invoqués.

- 14 Sa Majesté a interjeté appel du jugement de la Cour de l'impôt devant cette Cour au motif qu'aucune véritable société de personnes n'avait été créée, de sorte que les parties ne pouvaient se prévaloir du paragraphe 97(2). Sa Majesté soutient qu'en conséquence, il devrait y avoir récupération de l'amortissement entre les mains de la Leasing. Sa Majesté affirme en outre que, même si une société de personnes a été créée, elle est nulle pour cause d'illégalité ou d'excès de pouvoir. En réponse aux moyens invoqués par Sa Majesté, la contribuable se fonde essentiellement sur les motifs de la Cour de l'impôt.

B. ANALYSE

1. Trompe-l'œil

- 15 Pour que la théorie du trompe-l'œil s'applique, il faut que le tribunal conclue que l'opération comportait un élément de tromperie dans sa conception ou dans sa réalisation. Cette condition est un élément essentiel de cette théorie. Elle a été énoncée dans les termes suivants dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*¹⁰:

Le trompe-l'œil [est] . . . une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle sert à masquer¹¹.

La théorie est appliquée très strictement au Canada. Je suis d'accord avec le juge de la Cour de l'impôt

did not intend to deceive third parties, including the Minister. He stated [at page 2152]:

If the legal relationships are binding and are not a cloak to disguise another type of legal relationship they are not a sham, however much the tax result may offend the Minister or, for that matter, the court, and whatever may be the overall ulterior economic motive. When something is a sham the necessary corollary is that there is behind the legal facade a different real legal relationship. If the legal reality that underlies the ostensible legal relationship is the same as that which appears on the surface, there is no sham.

Absent the essential component of deceit, the present transaction cannot be considered a sham according to current Canadian law.¹²

16 However, just because the transaction is not a sham, it does not necessarily follow that it was legally effective to achieve the tax savings the parties intended. As I have stated on another occasion,¹³ form is important. Tax dollars can be saved by properly structuring one's business affairs. Taxpayers are free to choose a business form that serves all their economic, including tax, purposes. Lord Tomlin's statement in *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*¹⁴ that taxpayers are free to arrange their affairs in order to reduce their tax payable is generally still good law in Canada.

17 But this does not mean that, by merely presenting the Court with certain signed documents and other evidence that a particular business form was chosen, the parties have complied with the Act. Paperwork by itself, no matter how clever, detailed and thorough, is not necessarily enough. As Cartwright J. stated in *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*:¹⁵

pour dire que les parties n'avaient pas l'intention en l'espèce de tromper des tiers, y compris le ministre. Le juge a déclaré [à la page 2152]:

Si les relations juridiques sont obligatoires et ne sont pas un paravent servant à camoufler un autre type de relation juridique, elles ne constituent pas un trompe-l'œil, peu importe à quel point le résultat final peut offenser le ministre ou, d'ailleurs, le tribunal, et peu importe le mobile économique global ultérieur. Lorsqu'il y a trompe-l'œil, il existe nécessairement derrière la façade juridique une autre relation juridique véritable. Si la réalité juridique qui existe à la base de la relation juridique apparente est la même que celle qui apparaît à la surface, il n'y a pas de trompe-l'œil.

En l'absence de l'élément essentiel de la tromperie, la présente opération ne peut être considérée comme un trompe-l'œil suivant la jurisprudence canadienne actuelle¹².

Toutefois, du simple fait qu'elle n'est pas un trompe-l'œil, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'opération en cause produit les effets juridiques nécessaires pour permettre aux parties de réaliser les économies d'impôt qu'elles veulent obtenir. Ainsi que je l'ai déjà déclaré dans une autre affaire¹³, la forme est importante. Le contribuable peut épargner de l'impôt en organisant ses affaires en conséquence. Il est loisible au contribuable de structurer ses affaires de manière à atteindre ses objectifs économiques, y compris ses objectifs fiscaux. La déclaration faite par lord Tomlin dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*¹⁴ suivant laquelle les contribuables sont libres d'organiser leurs affaires de manière à réduire l'impôt qu'ils doivent payer constitue toujours un énoncé valable du droit au Canada.

Mais cela ne signifie pas qu'en se contentant de soumettre à la Cour certains documents signés, ainsi que d'autres éléments de preuve tendant à démontrer qu'une forme d'entreprise déterminée a été retenue, les parties se sont conformées à la Loi. Les écrits ne suffisent pas nécessairement en eux-mêmes, peu importe à quel point ils sont astucieux, détaillés et complets. Ainsi que le juge Cartwright l'a déclaré dans l'arrêt *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*¹⁵:

It is well settled that in considering whether a particular transaction brings a party within the terms of the *Income Tax Act* its substance rather than its form is to be regarded.¹⁶

Tax planning and the careful organization of one's business affairs must be more than an intellectual game. Schemes may be designed with great imagination, but in the end they must be real. The *Income Tax Act* must be complied with. A business form that is used cannot be fanciful. Hence, if a partnership is chosen for a particular business purpose, the parties must, in law, create a real partnership. If property must be held for the purpose of producing income, it must really be so held.¹⁷ If a change in control is required as part of a corporate reorganization, a real change in control must occur. In every instance, a court will look to the "true commercial and practical nature of a taxpayer's transactions."¹⁸ Where legal reality is found to be lacking, a transaction, even though it may not be a sham, may not achieve what parties may have earnestly desired. The present case is an example of this.

2. Partnership

18 In my view, the transaction of December 24, 1986 did not comply with subsection 97(2) because the parties did not create a valid partnership. With respect, the Tax Court Judge erred in law by relying exclusively on documents and forms and did not give proper consideration to the reality of the situation.¹⁹ The facts as found by him should have led him to the conclusion that there was no valid partnership formed, even though the parties tried to make it appear that there was. In coming to his conclusion on this issue, the Judge asked the wrong question when he stated [at page 2151]:

[TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que, pour décider si une opération déterminée fait tomber une personne sous le coup de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on doit tenir compte du fond plutôt que de la forme de cette opération¹⁶.

La planification fiscale et l'organisation soignée de ses affaires commerciales doivent être plus qu'un jeu intellectuel. On peut concevoir des stratagèmes avec beaucoup d'imagination, mais ils doivent en dernière analyse être réels. Il faut se conformer à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La structure commerciale qui est utilisée ne doit pas être une fiction. En conséquence, si les parties choisissent d'utiliser une société de personnes dans un but commercial déterminé, elles doivent, en droit, créer une véritable société. Si des biens doivent être détenus en vue de produire un revenu, ils doivent réellement être détenus à cette fin¹⁷. Si l'on doit procéder à un changement de contrôle dans le cadre de la réorganisation de l'entreprise, il faut qu'il y ait un véritable changement de contrôle. Dans chaque cas, le tribunal examine «la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable»¹⁸. Lorsque le tribunal conclut à l'absence de réalité juridique, l'opération risque de ne pas permettre aux parties d'atteindre l'objectif qu'elles désiraient peut-être ardemment et ce, même si l'opération en question ne constitue pas un trompe-l'œil. La présente affaire en est un exemple.

2. La Société de personnes

18 À mon avis, l'opération du 24 décembre 1986 n'est pas conforme au paragraphe 97(2), parce que les parties n'ont pas créé une société de personnes valide. J'estime en toute déférence que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en s'en remettant exclusivement à des documents et à des formulaires et en ne tenant pas dûment compte de la réalité de la situation¹⁹. Les faits qu'il avait constatés auraient dû l'amener à conclure qu'aucune société de personnes valide n'avait été formée, même si les parties essayaient de faire paraître le contraire. Pour en arriver à sa conclusion sur cette question, le juge s'est posé la mauvaise question lorsqu'il a déclaré [à la page 2151]:

If at any point during the short participation of CBL or CB a third party were to ask CB or CBL "Are you a partner in the partnership Central Capital Leasing?" they could not be heard to say "No, we are not. Our participation in the partnership is nothing more than a camouflage to disguise a sale of assets. This whole elaborate structure is merely an exercise with smoke and mirrors designed to fool the tax department."

The proper question is not whether the parties could deny they were partners. It is, rather, whether they met the legal requirements to form a partnership. This question can be answered only by the Court, not by third parties.

Si à un moment quelconque de la courte participation de la CBL ou de la BC, un tiers avait demandé à la BC ou à la CBL «Êtes-vous un des associés de la société de personnes Central Capital Leasing?», elles ne pouvaient leur répondre «Non, nous ne le sommes pas. Notre participation dans la société n'est rien d'autre qu'un camouflage visant à dissimuler une vente d'éléments d'actif. Toute cette structure complexe est un simple subterfuge conçu pour duper le fisc».

La bonne question à se poser n'est pas celle de savoir si les parties pouvaient nier qu'elles étaient des associés, mais plutôt celle de savoir si elles respectaient les conditions prévues par la loi pour former une société. C'est uniquement au tribunal, et non aux parties, qu'il appartient de répondre à cette question.

19 A partnership is defined in section 2 of the Ontario *Partnerships Act*²⁰ as follows:

2. Partnership is the relation that subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit

Partnership is a contractual relation.²¹ It is, in essence, an agreement between two or more persons to run a business together in order to make profit. No person can become a partner unless that person intended, or by their conduct can be seen to have intended, to do so. This is what was meant by Duff J. when, in *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*,²² he stated:

Partnership arises from contract, evidenced either by express declaration or by conduct signifying the same thing.²³

The existence of partnership is therefore in every case determined by what the parties actually intended. As stated in *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed.:

. . . in determining the existence of a partnership . . . regard must be paid to the true contract and intention of the parties as appearing from the whole facts of the case.²⁴

Intention, to be sure, may be evidenced by the express terms of an agreement, if any. It may also

19 Voici la définition que l'article 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*²⁰ de l'Ontario donne de la société de personnes:

2. La société en nom collectif est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice.

La société de personnes (ou société en nom collectif) est une relation contractuelle²¹. Il s'agit essentiellement d'un accord conclu entre deux ou plusieurs personnes en vue d'exploiter ensemble une entreprise dans un but lucratif. Personne ne peut devenir un associé à moins de le vouloir ou d'être considéré, par sa conduite, comme le voulant. C'est ce que le juge Duff voulait dire lorsqu'il a déclaré, dans l'arrêt *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*²²:

[TRADUCTION] La société de personnes tire son existence du contrat, comme en témoigne soit une déclaration expresse, soit une conduite y équivalant²³.

L'existence d'une société de personnes dépend donc dans chaque cas de la volonté effective des parties. Ainsi qu'il est dit dans l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, 16^e éd.:

[TRADUCTION] . . . pour déterminer l'existence d'une société de personnes . . . il faut tenir compte du véritable contrat intervenu entre les parties et de leur intention véritable, telle qu'elle ressort de l'ensemble des faits de l'affaire²⁴.

L'intention peut, bien sûr, ressortir des modalités expresses de l'accord, s'il en existe un. Elle peut

be demonstrated by the conduct of the parties toward each other, toward third parties, or by other circumstances surrounding the arrangement. What is most important is how the business was operated in reality. No single fact or document is conclusive. Rather, a court will draw its conclusion from all the relevant circumstances.

20 As I have stated, form must give way in this analysis to substance. Parties can insist that they are not partners, and can still be found by a court to be partners, based on an evaluation of all the evidence. This was the issue before this Court in *Schultz v. Canada*²⁵ where Stone J.A. stated:

It is trite to say that the express denial of a partnership, as in this case, does not of itself show that no partnership existed. . . .

In the present case we can find no declaration to the effect that the appellants intended to carry on business as partners. However an intention to do so may be inferred from all of the surrounding circumstances and especially from the manner in which the parties conducted themselves in arranging their affairs and in transacting the business in question.²⁶

The converse is also true; parties can insist that they are partners and can be held not to be.²⁷ The substance of the relationship is the key. Form, though certainly important, is not enough. Nor is it conclusive that "the parties have used a term or language intended to indicate that the transaction is not that which in law it is."²⁸ In my view, in this case, language and form was used to make it look like the transaction "was not that which in law it is."

21 Counsel for the taxpayer, however, suggests that a partnership existed and that the elements of the partnership definition were present. There is, says counsel, a written agreement, and this agreement is said to contain terms one normally finds in a partnership agreement. There is a business operated as a

également ressortir de la conduite adoptée par les parties l'une envers l'autre ou envers les tiers ou encore d'autres circonstances entourant la conclusion de l'accord. Ce qui importe le plus, c'est de savoir comment l'entreprise a effectivement été exploitée. Aucun fait ou document n'est en soi concluant. Le tribunal tire sa conclusion de l'ensemble des circonstances pertinentes.

Ainsi que je l'ai déjà déclaré, dans cette analyse, 20 la forme doit céder le pas au fond. Les parties peuvent affirmer catégoriquement qu'elles ne sont pas des associés et être quand même considérées comme des associés par le tribunal, d'après l'appréciation de l'ensemble de la preuve. C'était la question qui était soumise à notre Cour dans l'affaire *Schultz c. Canada*²⁵, dans lequel le juge Stone, J.C.A., a déclaré:

Il va sans dire que la dénégation expresse de l'existence d'une société de personnes, comme c'est le cas en l'espèce, ne suffit pas en elle-même à démontrer l'inexistence d'une société de personnes. . . .

En l'espèce, nous ne trouvons aucune déclaration portant que les appelants avaient l'intention de faire des affaires en tant qu'associés. Toutefois, il est possible d'inférer une telle intention de l'ensemble des circonstances et plus particulièrement de la manière dont les parties se sont comportées dans l'organisation de leurs affaires et dans l'exploitation de l'entreprise en cause²⁶.

L'inverse est également vrai; les parties peuvent affirmer catégoriquement qu'elles sont des associés et le tribunal peut juger qu'elles ne le sont pas²⁷. Ce qui compte, c'est le fond de la relation. Bien qu'elle soit assurément importante, la forme ne suffit pas. Il n'est pas non plus concluant que [TRADUCTION] «les parties aient employé une expression ou un libellé qui visent à indiquer que l'opération n'est pas ce que, en droit, elle est»²⁸. À mon avis, dans le cas qui nous occupe, le libellé et la forme ont été utilisés pour que l'opération n'ait pas l'apparence de «ce que, en droit, elle est».

L'avocat de la contribuable affirme toutefois qu'il 21 existait une société de personnes et que les éléments de la définition de la société de personnes étaient réunis. Il y a, soutient l'avocat, un accord écrit, et cet accord renfermerait des modalités que l'on trouve habituellement dans un contrat de société de

revenue producing enterprise. There is, too, the evidence that the parties held themselves out as partners to third parties, and that separate bank accounts and books and records were maintained solely on account of the “partnership.”

22 Yet despite this array of facts, I am of the view that this was not a business carried on in common with a view to profit. The scheme lacked the necessary glue to hold it all together, which is intention. The parties must not only do in form what the statute prescribes, they must also intend it in substance, and this intention must be demonstrated on the facts. In other words, what occurred in the present circumstances as mere incidents of adopting a form of partnership cannot be seen as substantive evidence of an intention to create a partnership in fact. Hence, even if a business was transferred into the vehicle the parties called a partnership, and even if this business was claimed to be carried on in common, which I doubt it actually was, it was not run with the intention of earning profit. The parties, rather, intended to conduct a sale of assets through a device they chose to call a partnership, even though, in reality, it was not one.

23 The Tax Court Judge found that there was a partnership notwithstanding that in the following passage he found as a fact that the requisite intention was lacking:

One thing is clear. Notwithstanding the pious assertions of a number of witnesses that they intended to enter into a partnership with the other parties, CB's and CBL's [Leasing's] intention was patently not to go into the leasing business in partnership with CC The whole object of the exercise was precisely the opposite—to get out of that business. The partnership was merely a means to that end. It was a structure designed to enable CB and

personnes. Il y a une entreprise qui est exploitée dans un but lucratif. Il y a également des éléments de preuve qui tendent à démontrer que les parties se sont présentées aux tiers comme étant des associés, et que des comptes bancaires et des livres et des registres distincts ont été tenus uniquement pour le compte de la «société».

22 Pourtant, malgré cette accumulation impressionnante de faits, je suis d'avis que nous ne sommes pas en présence d'une entreprise qui a été exploitée en commun en vue de réaliser un bénéfice. Le mécanisme ne comportait pas le ciment nécessaire pour en assurer la cohésion, à savoir l'intention. Les parties doivent non seulement respecter les exigences de forme prévues par la loi, mais aussi en respecter les exigences de fond par leur conduite, et leur intention d'en respecter les exigences de fond doit être démontrée par les faits. En d'autres termes, les événements qui sont survenus en l'espèce et qui ne constituent que de simples aspects accessoires de l'adoption d'une forme de société ne sauraient être considérés comme des éléments de preuve de fond qui tendraient à démontrer l'existence d'une intention de créer effectivement une société. En conséquence, même si une entreprise a été transférée à l'entité que les parties ont désignée sous le vocable de société de personnes, et même si les parties prétendent qu'elles ont exploité cette entreprise en commun — ce dont je doute —, cette entreprise n'a pas été exploitée dans le but de tirer un profit. Les parties avaient plutôt l'intention de procéder à une vente d'éléments d'actif en recourant à un dispositif qu'elles ont choisi d'appeler une société de personnes même si, en réalité, il n'en s'agissait pas d'une.

23 Le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il existait une société malgré le fait que, dans le passage suivant de son jugement, il conclut que les parties n'avaient pas l'intention requise:

Une chose est claire: malgré les pieuses affirmations de plusieurs témoins qui affirment qu'ils avaient l'intention de former une société avec d'autres personnes, la BC et la CBL n'avaient de toute évidence pas l'intention de se lancer dans une entreprise de crédit-bail en société avec la CC . . . Le but visé par ce plan était précisément le contraire: se retirer de cette entreprise. La société était uniquement un moyen de parvenir à cette fin. C'était une

CBL to divest themselves of the leasing assets at a tax cost roughly equivalent to that which they would have incurred on the sale of CBL's shares. The partnership was a form of legal package which was intended to encapsulate the potential recapture which inhered in the leasing assets and ensure a capital gain to CB.²⁹ [Emphasis added.]

The deal was arranged so that there would be some revenues gained from the leasing assets. Though a fiscal year-end of the so-called partnership was declared on December 27, 1986, and though an accounting and distribution of profits was performed pursuant to it, it does not follow that a partnership necessarily existed. Profit sharing is evidence but is not conclusive evidence of a partnership. This is made clear in subsection 3(3) of the *Partnerships Act*, which reads in part:

3. . . .

3. The receipt by a person of a share of the profits of a business is *prima facie* evidence that he is a partner in the business, but the receipt of such a share or payment, contingent on or varying with the profits of a business, does not of itself make him a partner in the business . . .

Thus, even if there was a sharing of profits, which I am not convinced there was, it is not the only or even the most important factor to consider. It is but one circumstance to be weighed in the balance of facts taken as a whole. This view is supported by the case law. In *Davis v. Davis*,³⁰ North J. stated:

. . . the receipt by a person of a share of the profits of a business is *prima facie* evidence that he is a partner in it, and, if the matter stops there, it is evidence upon which the Court must act. But, if there are other circumstances to be considered, they ought to be considered fairly together; not holding that a partnership is proved by the receipt of a share of profits, unless it is rebutted by something else; but taking all the circumstances together, not attaching undue weight to any of them but drawing an inference from the whole.³¹

structure conçue pour permettre à la BC et à la CBL de se départir de leurs éléments d'actif de crédit-bail à un coût fiscal équivalent en gros à celui qu'elles auraient engagé en cas de vente des actions de la CBL. La société était une forme de structure juridique qui avait pour but de retenir l'éventuelle récupération inhérente aux éléments d'éléments d'actif de crédit-bail et d'assurer un gain en capital à la BC²⁹. [C'est moi qui souligne.]

Le marché a été conçu de manière à ce que les éléments d'éléments d'actif de crédit-bail génèrent certains revenus. Bien que l'on ait fixé la clôture de l'exercice de la prétendue société au 27 décembre 1986, et bien que l'on ait tenu des livres et partagé des bénéfices en conséquence, il ne s'ensuit pas qu'une société de personnes existait nécessairement. Le partage des bénéfices constitue un élément de preuve mais non une preuve concluante de l'existence d'une société de personnes. C'est bien ce que précise dans les termes les plus nets le paragraphe 3(3) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, qui dispose notamment:

3. . . .

3. La réception par une personne d'une quote-part des bénéfices d'une entreprise constitue la preuve, en l'absence de preuve contraire, qu'elle est un associé de cette entreprise. Toutefois, la réception d'une telle quote-part ou d'un tel paiement qui dépend des bénéfices d'une entreprise et qui varie suivant ces derniers ne fait pas, en soi, de cette personne un associé de cette entreprise . . .

Ainsi donc, même s'il y a eu partage des bénéfices —ce dont je ne suis pas convaincu—, ce n'est pas le seul ni même le plus important facteur dont il faut tenir compte. Ce n'est qu'un des éléments parmi l'ensemble des faits qu'il faut apprécier. La jurisprudence appuie ce point de vue. En effet, dans le jugement *Davis v. Davis*³⁰, le juge North déclare:

[TRADUCTION] . . . la réception par une personne d'une quote-part des bénéfices d'une entreprise constitue la preuve, en l'absence de preuve contraire, qu'elle est un associé de cette entreprise et, en l'absence d'autres éléments de preuve, elle constitue un élément de preuve sur lequel le tribunal doit se fonder. Mais s'il existe d'autres circonstances dont il faut tenir compte, le tribunal doit dans la mesure du possible les considérer dans leur ensemble, non pas en statuant que l'existence de la réception d'une quote-part des bénéfices démontre qu'il existe une société de personnes à moins qu'une autre conclusion ne réfute cette conclusion, mais en tenant compte de l'ensem-

The Court's duty, then, is to assess the circumstances together as a whole, not placing "undue weight" on any of them.

24 In the present case, a variety of circumstances, including the so-called profit sharing, must be considered. I note, first, that the idea to share profits was an afterthought when the parties originally put the deal together. Furthermore, and more importantly, Leasing was not even legally entitled to a share of profits. The first fiscal year-end of the partnership was fixed as midnight of December 27, 1986. But the transfer of Leasing's interest to Continental was slated to occur, and did occur, earlier that same day. Leasing, therefore, was not even a partner at the fiscal year-end and was, therefore, not entitled to a share of the revenues paid, despite having originally received the cheque in its name.

25 I observe further that as regards Leasing's involvement, the purported partnership lasted a mere three days over the 1986 Christmas holiday—a very short duration, it seems, for a very large business. While a short period of time is not determinative, the period in question was a time which ensured that no business would be conducted. It is not surprising, then, that no meetings were held during the duration of the arrangement, that no new business was transacted, and that no decisions were made by the parties. Even though rental revenues on the leasing assets were being earned during this time, they were earned as a matter of course—quite independently of any conduct of the parties, or carrying on of any business by them during the period that the purported partnership subsisted.

26 Consistent with these observations is that each and every "indicator" which the taxpayer suggests as

ble des circonstances, sans accorder une importance exagérée à l'une d'entre elles, mais en tirant une inférence de l'ensemble de ces circonstances³¹.

Le rôle du tribunal consiste donc à apprécier les circonstances dans leur ensemble sans accorder d'«importance exagérée» à l'une quelconque d'entre elles.

En l'espèce, il y a lieu de tenir compte d'un grand nombre de circonstances, dont le soi-disant partage des bénéfices. Je constate tout d'abord que l'idée de partager les bénéfices est venue après coup lorsque les parties ont initialement élaboré l'accord. De surcroît—et cela est encore plus important—, la Leasing n'avait même pas légalement le droit de participer aux bénéfices. La clôture du premier exercice de la société avait été fixée à minuit le 27 décembre 1986. Mais le transfert de la participation de la Leasing à la Continentale devait se produire—et s'est effectivement produit—plus tôt le même jour. La Leasing n'était donc même pas un associé lors de la clôture de l'exercice et elle n'avait donc pas le droit de participer aux bénéfices qui ont été versés et ce, même si elle a d'abord reçu un chèque fait à son ordre.

Je constate en outre qu'en ce qui concerne le rôle que la Leasing a joué, la prétendue société n'a duré que trois jours pendant les vacances de Noël 1986. C'est une durée fort brève, il me semble, pour une entreprise d'une telle envergure. Bien que la brièveté de l'existence d'une société ne constitue pas un facteur déterminant, il n'en demeure pas moins que la période en cause correspondait à un moment où il était certain qu'aucune activité ne serait exercée. Il n'est donc pas étonnant qu'aucune réunion n'a eu lieu pendant la durée de l'accord, qu'aucune nouvelle affaire n'a été traitée et qu'aucune décision n'a été prise par les parties. Même si des revenus locatifs provenant des éléments d'actif du crédit-bail ont été gagnés au cours de cette période, ils l'ont été de façon automatique, indépendamment de la conduite des parties ou des activités que ces dernières auraient exercées durant la période d'existence de la prétendue société.

Dans le même ordre d'idées, chacun des «indices» qui, selon ce que prétend la contribuable, témoignent

24

25

26

evidence of a partnership was but one or another component of a sequence of transactions, all of which were agreed upon before the sequence was put into effect. The Master Agreement confirms this where it states:

A.10. . . . [A]ll parties hereto by their execution hereof confirm their intention to proceed to complete the Sequence of Transactions.³²

Everything was prearranged by December 24, 1986 when the contracts and other documents were signed.³³ After that, nothing remained to be—and nothing in fact was—settled, transacted, bargained-over or in any manner dealt with as an incident of an active business being carried on. Each prearranged step was simply followed as a matter of course. In short, there just was no business activity going on over the period the purported partnership was meant to be operating.

27 Another item, perhaps not important by itself, is nonetheless illuminating. The formal servicing agreement between the “partnership” and a third party for operating the leasing business was not signed until February, 1987, long after Leasing and Continental had quit their involvement. Neither Leasing nor Continental had any employees of their own as of December 24, 1986. There is also evidence that the parties, if it had been legally permitted, might have backdated the transaction, the “sequence of events,” to November 1, 1986, the closing date of the original share deal. Instead of backdating, which for obvious reasons they could not do, they agreed that the revenues earned on Leasing’s assets during the period in question, November 1 through December 23, 1986, would be paid into the partnership. As regards this payment, Mr. Lewis testified:

A. . . . [W]e were trying to replicate the October 15th agreement and that because we had to have a closing—had to have a year end, it was not possible to back-date the transaction, so what we were doing is making adjustments to simulate as if the transaction had been done on November 1st.³⁴

de l’existence d’une société, s’inscrit dans le cadre d’une série d’opérations sur lesquelles les parties se sont entendues avant de les mettre à exécution. C’est ce que confirme l’accord principal lorsqu’il stipule:

[TRANSDUCTION] A.10. . . . [T]outes les parties aux présentes confirment, en apposant leur signature au bas des présentes, leur intention d’effectuer la série d’opérations en question³².

Toutes les dispositions avaient été prises à l’avance au 24 décembre 1986, date à laquelle les contrats et les autres documents ont été signés³³. Après cette date, il ne restait plus rien—et il n’est effectivement rien resté—à régler, à transiger, à négocier ou à traiter de quelque manière que ce soit à titre d’élément accessoire d’une entreprise exploitée activement. On a simplement suivi tout naturellement chacune des dispositions qui avaient été prises à l’avance. En résumé, il n’y a tout simplement eu aucune activité pendant la période au cours de laquelle la société est censée avoir été exploitée.

Un autre élément qui, pris isolément, n’est peut-être pas important, est néanmoins éclairant. L’accord officiel d’entretien conclu entre la «société» et un tiers en vue de l’exploitation de l’entreprise de crédit-bail n’a été signé qu’en février 1987, longtemps après que la Leasing et la Continentale se furent retirées. Ni la Leasing ni la Continentale n’avait d’employés au 24 décembre 1986. Suivant la preuve, les parties auraient peut-être, si la loi le leur avait permis, antidaté l’opération (la «série d’événements») au 1^{er} novembre 1986, date de conclusion du marché initial portant sur les actions. Au lieu d’antidater l’opération—ce que, pour des raisons évidentes, elles ne pouvaient pas faire—, elles ont convenu que le revenu tiré des éléments d’actif de la Leasing au cours de la période en question, à savoir du 1^{er} novembre au 23 décembre 1986, serait versé à la société. En ce qui concerne ce versement, M. Lewis a déclaré, dans son témoignage:

[TRANSDUCTION] R. . . . Nous essayions de reproduire l’accord du 15 novembre et comme il fallait arrêter une date de clôture, il n’a pas été possible d’antidater l’opération. Nous avons donc essayé de prendre des mesures pour faire comme si l’opération avait eu lieu le 1^{er} novembre³⁴.

This “simulation” is consistent with the objective of the parties to replicate the economic effects of the share transaction, that is, to give Central the benefit of the transfer as if it had occurred on the original date proposed.

Cette «simulation» s'accorde avec l'objectif que poursuivaient les parties de reproduire les effets économiques de l'opération relative aux actions, c'est-à-dire de procurer à la Central l'avantage du transfert comme s'il avait eu lieu à la date initiale proposée.

28 Further evidence putting in doubt the existence of a real partnership is that Leasing expressly refused in the agreement it signed to warrant that “it is duly registered and qualified . . . to carry on the business of the Partnership.” It also refused to warrant that it “can fulfil its obligations as a Partner.” I agree with the Tax Court Judge who stated that [at page 2143]:

Suivant d'autres éléments de preuve tendant à mettre en doute l'existence d'une véritable société de personnes, la Leasing a expressément refusé dans l'accord qu'elle a signé de garantir qu'elle était [TRADUCTION] «dûment enregistrée et qualifiée . . . pour exploiter l'entreprise de la société». Elle a également refusé de garantir qu'elle était en mesure [TRADUCTION] «de remplir ses obligations d'associé». J'abonde dans le sens du juge de la Cour de l'impôt lorsqu'il affirme que [à la page 2143]:

It is a little surprising that anyone seriously contemplating a partnership would do so with someone who declined to represent that it could lawfully fulfil its obligations as a partner. Presumably this did not matter to CC as the arrangement was only a temporary means to an end.

Il est un peu étonnant que toute personne qui envisage sérieusement de former une société le ferait avec quelqu'un qui refuse de déclarer qu'il pourrait légalement s'acquitter de ses obligations d'associé. Vraisemblablement, cela importait peu pour la CC, étant donné que l'accord était un moyen temporaire de parvenir à une fin.

29 In addition to each of the factors mentioned above—the contrived nature of the profit sharing, Leasing's legal non-entitlement to a share of the revenues, the short duration, the pre-arranged nature of the events, the lack of any active business having been conducted, the date the service agreement was signed, the lack of employees, the “simulated” back-dating, and the refusal to warrant partnership obligations—the testimonial evidence clearly demonstrates the lack of a *bona fide* partnership intention. Mr. Rattee, President and Chief Operating Officer of Continental, testified that:

Outre chacun des facteurs susmentionnés—le caractère artificiel du partage des bénéfices, le fait que la Leasing n'avait pas légalement droit à une quote-part des revenus, la courte durée de l'accord, le fait que le déroulement des événements était déterminé à l'avance, l'absence d'activités commerciales actives, la date à laquelle le contrat d'entretien a été signé, l'absence d'employés, le fait que l'on a «fait semblant» d'antidater l'accord, et le refus de la Leasing de garantir qu'elle pouvait remplir ses obligations d'associé—, la preuve testimoniale démontre à l'évidence, l'absence de volonté des parties de créer une société de personnes. M. Rattee, président et administrateur en chef des opérations de la Continentale, a témoigné que:

A. . . . I think there was a particular purpose to this series of transactions which was to enable us to achieve what we and the purchaser set out to do, as described in the letter of 15th of October.³⁵

[TRADUCTION] R. . . . Je crois que cette série d'opérations visait un but précis, à savoir de nous permettre d'atteindre les objectifs que nous et l'acquéreur nous étions fixés et qui sont exposés dans la lettre du 15 octobre³⁵.

Another witness stated:

Un autre témoin a déclaré:

A. . . . [S]peaking in business terms of what the objectives of the parties were, overall business, economic terms

[TRADUCTION] R. . . . [S]i l'on parle sur le plan commercial, les objectifs des parties étaient avant tout commer-

. . . the intention was to do a deal and sell a business.³⁶

It is plain that the parties did not intend to run a business together by virtue of the arrangement they called a “partnership,” but which in reality was something else.

30 Indeed, they could not have carried on a partnership, because even before the so-called partnership agreement was signed, Continental had already resolved that Leasing would be dissolved pursuant to section 203 of the *Canada Business Corporations Act*.³⁷ Continental itself had already been given approval on November 1, 1986 by the Minister of Finance for its application for letters patent to dissolve its operations. On that same date, the Governor in Council had approved the sale of Continental’s assets to Lloyds Bank, thereafter restricting Continental to carrying on business only to the extent necessary to wind up its affairs.³⁸ In such circumstances, it has been held that where the object of an arrangement was to wind up a business, the arrangement was not a partnership.³⁹ In other words, the parties in such a situation simply do not intend to run a businesses as a going concern.

31 The arrangement, rather, was transparently just a vehicle to sell assets in a way that did not trigger certain tax consequences. The scheme—in all its complicated aspects—was really just a contract of sale. It was a replacement for the old share deal put together and brought to completion in a matter of a few days’ negotiations. In its factum, the taxpayer states:

182. . . . For this reason, the parties agreed to restructure the share transaction as a partnership transaction the central purpose of which was to sell a business entity.

The Tax Court Judge found that the arrangement was but a means of transferring assets. Though the form of the legal package was called a “partnership,” in substance the package was what the parties really intended it to be, a sale. These intentions

ciaux, économiques . . . L’intention des parties était de passer un marché et de vendre une entreprise³⁶.

Il est évident que les parties n’avaient pas l’intention d’exploiter conjointement une entreprise en vertu de l’opération qu’elles ont appelée «société de personnes» mais qui était en réalité autre chose.

30 En réalité, elles n’auraient pas pu exploiter une entreprise, parce que même avant que le prétendu contrat de société ne soit signé, la Continentale avait déjà décidé que la Leasing serait dissoute en vertu de l’article 203 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.³⁷ La Continentale avait elle-même déjà obtenu le 1^{er} novembre 1986 l’agrément du ministre des Finances en réponse à sa demande de lettres patentes en vue de sa dissolution. Le même jour, le gouverneur en conseil avait approuvé la vente des éléments d’actif de la Continentale à la Banque Lloyds, obligeant à compter de cette date la Continentale à ne poursuivre ses activités que dans la mesure nécessaire pour procéder à sa liquidation³⁸. Il a été jugé qu’en pareil cas, lorsque son objet est de liquider une entreprise, l’opération ne constitue pas une société³⁹. En d’autres termes, les parties n’avaient tout simplement pas l’intention, dans ces conditions, d’exploiter activement une entreprise.

31 L’opération en cause ne constituait donc de toute évidence qu’un moyen employé pour vendre des éléments d’actif d’une façon qui n’entraînerait pas certaines conséquences fiscales. Le stratagème—dans tous ses aspects complexes—n’était en réalité qu’un contrat de vente. Il visait à remplacer l’ancien marché de vente des actions qui avait été élaboré et réalisé au terme de quelques jours de négociations. Dans son mémoire, la contribuable déclare:

[TRADUCTION] 182. . . . Pour cette raison, les parties ont convenu de restructurer l’opération de vente des actions et d’en faire une opération portant constitution d’une société dont l’objet central serait la vente d’une entreprise.

Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que l’opération n’était qu’un moyen employé pour transférer des éléments d’actif. Bien que la forme de l’opération ait été qualifiée de «société de personnes», le fond de l’opération en question était ce que les par-

determine the matter, and “no ‘phrasing of it’ by dexterous draftsmen,” to quote Lord Halsbury, “will avail to avert the legal consequences.”⁴⁰ Lacking any intention whatsoever to run a business in common with a view to profit, it cannot be said that the parties had created a partnership, even though they insisted in the documents that they had.

ties avaient en réalité l’intention qu’elle soit, c’est-à-dire une vente. C’est l’intention qui compte et [TRADUCTION] «aucun terme ingénieux que des rédacteurs habiles peuvent employer», pour citer lord Halsbury, [TRADUCTION] «ne peut réussir à empêcher les conséquences juridiques»⁴⁰. Faute de quelque intention que ce soit d’exploiter conjointement une entreprise en vue de réaliser un bénéfice, on ne saurait affirmer que les parties ont constitué une société de personnes, même si elles affirment énergiquement le contraire dans les documents en cause.

32 I find support for my view in a recent case of this Court, *Hickman Motors Ltd. v. Canada*.⁴¹ In that case, a taxpayer attempted to claim capital cost allowance in circumstances where the allowance was transferred through a complicated corporate reorganization. The Trial Judge affirmed the Minister’s decision to disallow the deduction on the basis that the equipment on which the allowance was taken was not acquired and held by the taxpayer company for the purpose of gaining or producing income. That purpose was solely to gain a tax advantage, which was evidenced in part by the fact that the assets were held for only four days and then conveniently transferred after the desired tax consequence was attained. This situation resembles the present case. On appeal, Hugessen J.A. upheld the Trial Judge’s decision, stating:

32 Une décision récente de notre Cour, l’arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*⁴¹, appuie mon opinion. Dans cette affaire, un contribuable essayait de se prévaloir d’une déduction pour amortissement dans des circonstances dans lesquelles la déduction en question avait été transférée dans le cadre d’une réorganisation complexe d’entreprises. Le juge de première instance a confirmé la décision par laquelle le ministre avait refusé la déduction au motif que le matériel faisant l’objet de la déduction pour amortissement n’avait pas été acquis et détenu par la compagnie contribuable en vue de tirer un revenu. La compagnie contribuable avait acquis ce matériel uniquement pour obtenir un avantage fiscal, comme le démontrait notamment le fait qu’elle n’ait détenu les biens que pendant quatre jours et qu’elle les avait ensuite transférés de façon opportune après avoir obtenu les conséquences fiscales désirées. Cette situation ressemble à la présente. En appel, le juge Hugessen, J.C.A. a confirmé la décision du juge de première instance en déclarant:

... the intended course of action of the appellant ... was admittedly to turn such assets over to “Equipment (1985)” within five days’ time. While I would not wish to be taken as suggesting that there is any temporal requirement to a taxpayer’s holding of property for the purposes of earning income, the fact that this taxpayer held the property here in issue only over the period of a long holiday weekend is surely indicative of the fact that it had no intention of actually earning income from the property. For practical purposes, the rollover from the appellant to “Equipment (1985)” might as well have occurred immediately following the winding-up of “Equipment”. The trial judge’s use of the word “notional” was appropriate.

... l’appelante ... avait, de son propre aveu, l’intention de transférer ces biens à «Equipment (1985)» dans un délai de cinq jours. Je ne voudrais certes pas laisser entendre qu’il existe une exigence concernant le délai minimum pendant lequel un contribuable doit détenir des biens aux fins de produire un revenu, mais le fait qu’en l’espèce la contribuable a conservé les biens en litige uniquement pendant un long week-end de congé dénote certainement qu’elle n’avait pas l’intention véritable de tirer un revenu de ces biens. À toutes fins pratiques, le transfert, en franchise d’impôt, par l’appelante de ces biens à «Equipment (1985)» aurait aussi bien pu se produire immédiatement après la liquidation de la société «Equipment». Le juge de première instance a donc eu raison de conclure qu’aucune démarche n’avait été faite en vue de gagner un revenu.

The evidence also makes it plain that the appellant itself did not at the time treat the property which it acquired from the winding-up of "Equipment" as being a potential or actual source of income. . . .⁴²

What this case teaches us is that where the law requires that a person intend something, this intention must be demonstrated on the facts, or a court will simply conclude it did not exist. Hence, if a person's sole intention in transferring a business operation into a corporate or partnership structure is to gain a tax consequence from that transfer, and that upon the happening of this tax consequence the facilitating structure is discarded or the person is removed from it, that person had in fact no intention to run the business within that structure. It follows that any intention to earn income from such business from within the structure, to adopt the Trial Judge's characterization from *Hickman*, can only be described as "notional." This was put as follows in *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed.:

Where a partnership is formed with some predominant motive other than the acquisition of profit, e.g. tax avoidance, but there is also a real, albeit ancillary, profit element, it may still be permissible to infer that the business is being carried on "with a view to profit." However, it is apprehended that if any "partner" entered the partnership solely with a view to being credited with a tax loss (or, formerly, a capital allowance), and it was contemplated from the outset that, whilst he remained a member of the firm, no profits (in the sense of net gains) would be derived from carrying on its business, he could not be said to have the requisite "view of profit" to qualify as a partner.⁴³

In the case before me, fiscal and other elements dominated the parties' intentions and compel the conclusion that they did not intend to create a genuine partnership.⁴⁴ The parties may have created certain contractual and other obligations of a legally binding nature, but these were not sufficient to create a partnership.

33 To conclude, the arrangement before me is not a sham, but it did not meet the requirements of the

La preuve démontre aussi clairement que l'appelante elle-même n'a pas, au moment où elle a acquis les biens lors de la liquidation d'«Equipment», considéré ces biens comme une source possible ou réelle de revenu. . . .⁴²

Ce que cette affaire nous enseigne, c'est que, lorsque la loi exige une intention quelconque de la part de quelqu'un, cette intention doit ressortir des faits, faute de quoi le tribunal conclura tout simplement à son inexistence. Par conséquent, si la seule intention qu'a une personne en transférant une entreprise commerciale à une compagnie ou à une société de personnes consiste à retirer un avantage fiscal de ce transfert, et que, lorsque cette incidence fiscale se produit, la structure qui a permis d'obtenir ce résultat disparaît ou que l'intéressé en est écarté, cette personne n'avait en réalité pas l'intention d'exploiter l'entreprise dans le cadre de cette structure. Il s'ensuit, pour reprendre les termes employés par le juge de première instance dans le jugement *Hickman*, que l'on doit conclure qu'aucune démarche n'a été faite en vue de tirer un revenu d'une telle entreprise dans le cadre d'une telle structure. Voici en quels termes on examine la question dans l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, 16^e éd.:

[TRADUCTION] Lorsqu'une société de personnes a été constituée dans un but premier autre qu'un but lucratif, comme par exemple pour éviter l'impôt, mais qu'il y a aussi un élément véritable, bien qu'accessoire, de profit, il est quand même possible d'en inférer que l'entreprise est exploitée «dans un but lucratif». Toutefois, si l'un des «associés» s'est associé uniquement dans le but de réclamer la déduction d'une perte fiscale (ou, anciennement, une déduction pour amortissement) et qu'il était prévu dès le départ que tant qu'il demeurerait un associé de la firme, aucun profit (au sens de «gain net») ne serait tiré de l'exploitation de l'entreprise, on ne peut dire qu'il poursuivait le «but lucratif» nécessaire pour pouvoir être considéré comme un associé.⁴³

Dans le cas qui nous occupe, l'intention des parties était marquée notamment par des considérations fiscales, ce qui me force à conclure qu'elles n'avaient pas l'intention de créer une véritable société de personnes⁴⁴. Les parties ont peut-être créé certaines obligations légalement exécutoires, et notamment des obligations contractuelles, mais cela ne suffit pas à créer une société de personnes.

Pour conclure, l'opération qui m'est soumise ne constitue pas un trompe-l'œil, mais elle ne répond 33

partnership definition. It accomplished a convenient sale of assets at tax cost. That was its sole purpose. The parties really intended nothing beyond that. Once certain purposes necessary to this sale were accomplished, both Leasing and Continental removed themselves from the "partnership." In fact, they went further and caused the partnership agreement to be amended upon their leaving to remove any trace of their having had any involvement therein. Despite the heroic efforts to make it appear so, there was no partnership created. Subsection 97(2) was, therefore, unavailable to the parties.

3. Illegality and *Ultra Vires*

34 However, even if I found the arrangement before me to be a partnership according to the partnership definition, Leasing's and Continental's participation in the partnership would be legally invalid by virtue of their contravention of the *Bank Act*.

35 Paragraph 174(2)(i) of the *Bank Act* forbids banks from participating in a partnership in any way. That paragraph states:

174. . . .

(2) Except as authorized by or under this Act and in accordance with such terms and conditions, if any, as are prescribed by the regulations, a bank shall not, directly or indirectly,

. . . .

(i) acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership or limited partnership; . . . [Underlining added.]

The purpose of this prohibition seems clear enough. Because banks are entrusted with depositors' money and with the financial affairs of their clients, they are regulated through strict controls on their capital. Controlling a bank's capital requires that a bank's liabilities be fixed also. Banks are therefore prohibited from participating in a partnership because

pas à la définition de la société de personnes. Elle a permis de réaliser une vente commode d'éléments d'actif au coût fiscal. C'était là son seul but. Les parties ne poursuivaient en réalité aucune autre fin. Une fois que certains des objectifs nécessaires à cette vente ont été atteints, la Leasing et la Continentale se sont toutes les deux retirées de la «société». En fait, elles sont allées plus loin et ont fait modifier le contrat de société lors de leur départ pour effacer toute trace de leur participation. Malgré les efforts héroïques qu'elles ont déployés pour qu'il y ait apparence de société, aucune société n'a été créée. Les parties ne pouvaient donc pas se prévaloir du paragraphe 97(2).

3. Illégalité et excès de pouvoir

Toutefois, même si je devais conclure que l'opération qui m'est soumise répond à la définition de la société de personnes, la participation de la Leasing et de la Continentale dans la société serait légalement invalide en raison de leur contravention à la *Loi sur les banques*.

L'alinéa 174(2)i) de la *Loi sur les banques* interdit aux banques de participer de quelque façon que ce soit à une société de personnes. Cet alinéa est ainsi libellé:

174. . . .

(2) Sauf dans les conditions prévues par la présente loi ou ses textes d'application, et conformément aux modalités fixées par règlement, la banque ne peut, directement ou indirectement:

. . . .

i) acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes ou dans une société en commandite ou autrement participer à une telle société; . . . [Soulignement ajouté.]

L'objet de cette interdiction semble suffisamment clair. Comme les banques se voient confier l'argent des déposants et les affaires financières de leurs clients, elles font l'objet de contrôles stricts de leur capital. Le contrôle du capital d'une banque suppose par ailleurs la détermination des obligations auxquelles elle est assujettie. Il est par conséquent interdit

of the joint and several liability which partners carry to each other.⁴⁵ By becoming a partner, a bank exposes the affairs of its clients and depositors to liabilities quite unrelated to the bank's objects or activities, and to the full extent of those liabilities. This exposure is a public hazard. Parliament has, therefore, for the good of the public, prohibited banks, upon criminal sanction,⁴⁶ from participating in partnerships.

aux banques de participer à une société de personnes à cause de la responsabilité solidaire à laquelle les associés sont tenus les uns envers les autres⁴⁵. En devenant un associé, une banque expose de façon illimitée les affaires de ses clients et de ses déposants à des obligations qui n'ont rien à voir avec les objets ou les activités de la banque. Ce risque constitue un danger public. Le législateur fédéral a, en conséquence et dans l'intérêt du public, interdit aux banques, sous peine de sanctions criminelles⁴⁶, de participer aux sociétés de personnes.

36 Here, Continental clearly participated in a partnership by allowing Leasing its wholly owned subsidiary, to join it. This conduct violated the *Bank Act*.⁴⁷ This has not been contested by the parties, who appear to accept the Tax Court Judge's conclusion [at pages 2148-2149]:

En l'espèce, la Continentale a de toute évidence participé à une société de personnes en permettant à la Leasing, la filiale qu'elle possédait en propriété exclusive, d'en faire partie. Cette conduite violait la *Loi sur les banques*⁴⁷. Ce point de vue n'est pas contesté par les parties, qui semblent accepter la conclusion que le juge de la Cour de l'impôt a tirée sur cette question [aux pages 2148 et 2149]:

There can be little doubt—indeed the point was not challenged—that the entry into the partnership by CBL constitutes a breach by CB of paragraph 174(2)(i) of the *Bank Act*. The contravention of the *Bank Act* is a contravention by CB in that it is an “indirect” investment or participation in a partnership by a “bank” as defined in section 2. . . .

Il ne peut faire de doute—et d'ailleurs ce point n'a pas été contesté—que la participation par la CBL à la société constitue une violation par la BC de l'alinéa 174(2)i) de la *Loi sur les banques*. La contravention à la *Loi sur les banques* est une contravention commise par la BC, en ce qu'il s'agit d'un investissement ou d'une participation d'une façon «indirecte» d'une «banque» dans une société au sens de la définition du mot «banque» à l'article 2. . . .

The words “directly or indirectly” are in my view broad enough to cover a participation in a partnership through a subsidiary that is not a bank.

Les mots «directement ou indirectement» sont à mon avis assez larges pour englober une participation dans une société par l'intermédiaire d'une filiale qui n'est pas une banque.

What is contested, however, is the effect of the violation.

Ce qui est contesté, toutefois, c'est l'effet de la violation.

37 A partnership agreement, like any other contract,⁴⁸ may be rendered illegal and void either expressly through statute or by common law. In my view, the agreement in this case was made illegal and void both by statute and by common law.

On peut rendre un contrat de société illégal et nul, au même titre que tout autre contrat⁴⁸, soit de façon expresse au moyen d'une loi, soit par la common law. À mon avis, tant la loi que la common law ont rendu illégal et nul l'accord qui a été conclu en l'espèce.

a) *Partnerships Act*: Section 34

a) *Loi sur les sociétés en nom collectif*: article 34

38 I am of the view that section 34 of the *Partnerships Act* expressly dissolves any partnership that

Je suis d'avis que l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* dissout expressément toute

may have been established here. This section reads:

34. A partnership is in every case dissolved by the happening of any event that makes it unlawful for the business of the firm to be carried on or for the members of the firm to carry it on in partnership.

39 Whether a violation, including a violation of section 174 of the *Bank Act*, makes it “unlawful” within the meaning of section 34 for members of the firm to carry on the partnership is a question of construction that must be answered in light of the purposes of section 34. This view was stated in *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed.:

... although a statute may appear to prohibit certain activities and impose a penalty for failure to observe its provisions, it does not follow that conduct which would attract the penalty is necessarily illegal. If the statute can genuinely be classed as prohibitory, as will be the case if the penalty is imposed for the protection of the public, then such conduct will be illegal.⁴⁹

The proper question, then, concerns whether the violation is of sufficient public concern to cause a court to void a partnership. In order to meet this test, the statutory provision violated must be prohibitory and must be aimed at protecting the public. In the present circumstances, the *Bank Act* provision was clearly one meant to protect the public. Contravention of this provision, furthermore, is not an insignificant offence, for any such contravention carries a criminal sanction. The bank’s violation of the provision circumvented the public protection intended by the prohibition. It was also a criminal act. And because this violation is “expressly forbidden”, the illegality of the bank’s act, to quote Cheshire, Fifoot and Furmston, “is undoubted.”⁵⁰ It was clearly unlawful within the meaning of section 34 of the *Partnerships Act*.

40 Counsel for the taxpayer suggests, however, that the penalty prescribed by the *Bank Act* is in fact not “for the protection of the public.” It is, rather, for

société qui a pu être constituée en l’espèce. Cet article est ainsi libellé:

34. La société en nom collectif est dissoute dans tous les cas où se produit un événement qui rend illégale soit l’exploitation de l’entreprise de la firme, soit son exploitation par les membres de la firme dans le cadre d’une société en nom collectif.

La question de savoir si une violation, y compris une violation de l’article 174 de la *Loi sur les banques*, rend «illégal» au sens de l’article 34 l’exploitation d’une société par les membres de la firme est une question d’interprétation à laquelle il faut répondre en tenant compte des objets de l’article 34. C’est le point de vue exprimé dans l’ouvrage *Lindley & Banks on Partnership*, 16^e éd.:

[TRADUCTION] ... bien qu’une loi puisse sembler interdire certaines activités et prévoir une sanction en cas de défaut d’observer ses dispositions, il ne s’ensuit pas qu’une conduite qui donne lieu à la sanction soit nécessairement illégale. Si l’on peut véritablement qualifier la loi de loi prohibitive, comme c’est le cas si la peine est infligée pour la protection du public, la conduite en question est illégale⁴⁹.

La bonne question à se poser est alors de savoir si la violation porte suffisamment atteinte à l’intérêt du public pour amener le tribunal à annuler la société. Pour satisfaire à ce critère, la disposition législative qui a été violée doit être prohibitive et elle doit viser à protéger le public. Dans le cas qui nous occupe, la disposition de la *Loi sur les banques* visait manifestement à protéger le public. Qui plus est, la violation de cette disposition ne constitue pas une infraction insignifiante, car elle comporte une sanction criminelle. En violant cette disposition, la banque a porté atteinte à la protection du public visée par l’interdiction. Elle a également commis un acte criminel. Et, comme cette violation est «expressément interdite», l’illégalité de l’acte commis par la banque «ne fait aucun doute» pour citer Cheshire, Fifoot et Furmston⁵⁰. Elle était manifestement illégale au sens de l’article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

L’avocat de la contribuable affirme toutefois que la sanction prévue par la *Loi sur les banques* ne vise pas en fait «la protection du public». Il soutient

the protection of depositors, creditors, and shareholders. At paragraph 180 of its factum, the taxpayer states:

[P]aragraph 174(2)(i) of the Bank Act . . . is intended to protect depositors, creditors and shareholders of banks, rather than members of the public. On a true construction of the relevant provisions of the Bank Act, the \$500 penalty imposed by subsection 174(17) [sic] of the Act represents what Lord Lindley has described as “the price of a licence for doing what the statute apparently forbids”, and does not compel the conclusion that the Bank was somehow incapable of becoming a member of a valid and subsisting partnership.

If I am understanding this correctly, the gist of counsel’s argument here is that violating the *Bank Act* is not only acceptable, it pays. I do not agree. And I do not see the distinction counsel attempts to draw. Depositors and other clients of a bank are clearly included in the term “the public.” A depositor may be any person who walks in off the street and deposits money in the bank. A client may be any person who has any financial dealings with the bank. Such persons—homeowners, consumers, business persons and the like—are members of the general public, and the prohibition is clearly meant for their benefit.

41 Counsel further suggests that because the fine imposed by the *Bank Act* is insignificant, the violation giving rise to it should not make the partnership illegal. Again, I disagree. The prohibitions protect the rights and financial affairs of those who deal with a bank. At their minimum, these prohibitions allow the Superintendent of Financial Institutions to issue a cease and desist order when a violation is proved. They also allow a court to review the validity of the offending acts. Finally, the prohibitions do not exclude the application of other statutes in respect of violations proven under them. In light of these remedies, a large fine is not necessarily required. Nor, in any event, would such a fine serve the purpose intended by the prohibitions, which is to protect a bank’s capital. It would make little sense for Parliament to jeopardize by a large fine what it has sought to protect by prohibition.

qu’elle vise plutôt la protection des déposants, des créanciers et des actionnaires. Au paragraphe 180 de son mémoire, la contribuable affirme en effet:

[TRANSDUCTION] [L]’alinéa 174(2)i) de la *Loi sur les banques* . . . vise à protéger les déposants, les créanciers et les actionnaires des banques, et non les simples citoyens. Si l’on interprète correctement les dispositions pertinentes de la *Loi sur les banques*, on constate que l’amende de 500 \$ prévue au paragraphe 174(17) [sic] de la *Loi* représente ce que lord Lindley a qualifié de [TRANSDUCTION] «prix à payer pour obtenir la permission de faire ce que la loi semble interdire», et qu’elle n’amène pas nécessairement à conclure que la banque était d’une certaine façon incapable de faire partie d’une société valide et encore en existence.

Si je comprends bien, l’essentiel de la thèse de l’avocat est qu’il est non seulement acceptable de violer la *Loi sur les banques*, mais que cela rapporte. Je ne suis pas de cet avis. Et je ne fais pas la distinction que l’avocat tente d’établir. Les déposants et les autres clients de la banque font de toute évidence partie du «public». Toute personne qui circule dans la rue et qui entre dans une banque pour y déposer de l’argent est un déposant. Toute personne qui fait des opérations financières avec une banque est un client. Ces personnes—propriétaires, consommateurs, gens d’affaires, etc.—font partie du grand public et l’interdiction est de toute évidence conçue à leur avantage.

L’avocat soutient en outre que, comme l’amende prévue par la *Loi sur les banques* est insignifiante, la violation qui donne lieu à son application ne devrait pas rendre la société de personnes illégale. Là encore, je ne suis pas de son avis. L’interdiction protège les droits et les affaires financières des personnes qui traitent avec les banques. Ces interdictions permettent à tout le moins au surintendant des institutions financières d’ordonner à l’auteur de la violation de s’abstenir d’agir lorsque la preuve de la violation est faite. Elles permettent également au tribunal d’examiner la validité des actes reprochés. Finalement, les interdictions n’excluent pas l’application d’autres lois dont on a prouvé la violation. Compte tenu de ces recours, il n’est pas nécessaire de prévoir une forte amende. Une telle amende ne permettrait pas non plus d’atteindre l’objectif visé par ces interdictions, qui est de protéger le capital de la

41

Furthermore, it seems to me reasonable that Parliament knew that attaching a criminal sanction to the act of participating in a partnership by a bank triggered section 34 of the *Partnerships Act*. Any partnership, in my view, was, therefore, illegal and was dissolved *ab initio*.

b) Common Law Illegality and *Ultra Vires*

42 I am furthermore of the opinion that the violation of paragraph 174(2)(i) renders invalid the participation of Leasing and Continental in the partnership because the action is both illegal at common law and *ultra vires* the bank.⁵¹

43 Subsections 18(1) and 20(1) are relied on by the taxpayer to offset the illegality and *ultra vires* doctrines. These subsections read:

18. (1) A bank has the capacity and, subject to this Act, the rights powers and privileges of a natural person.

...

20. (1) No act of a bank, including any transfer of property to or by a bank, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to this Act.

As to subsection 18(1), counsel for the taxpayer argues that in absence of an express provision to the contrary, paragraph 174(2)(i) does not impair the capacity of banks to enter into partnerships. As there is no such contrary provision, the argument goes, banks are free to enter into partnerships. I do not agree. Paragraph 174(2)(i) clearly states that a bank "shall not, directly or indirectly . . . acquire or hold an interest in Canada in, or otherwise invest or participate in Canada in, a partnership or limited partnership." These are strong words, and they admit of the widest application. The state, in short, that a bank shall not in any manner participate in a partnership. This mandatory prohibition, in my opinion, clearly limits a bank's ability to act as though it were a natural person. This is only to be expected. It is, first, consistent with the wording of subsection

banque. Il serait illogique que le législateur fédéral compromette par une forte amende ce qu'il essaie de protéger au moyen d'une interdiction. De plus, il me semble raisonnable de penser que le législateur fédéral savait que le fait d'assujettir à une sanction criminelle la participation d'une banque à une société de personnes donnerait lieu à l'application de l'article 34 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Toute société de personnes était donc, à mon avis, illégale et a été dissoute dès sa formation.

b) Illégalité et excès de pouvoir en common law

J'estime en outre que la violation de l'alinéa 174(2)i rend invalide la participation de la Leasing et de la Continentale à la société, étant donné que l'acte est illégal en common law et qu'il constitue un excès de pouvoir commis par la banque⁵¹. 42

La contribuable invoque les paragraphes 18(1) et 20(1) pour contrebalancer la théorie de l'illégalité et celle de l'excès de pouvoir. Ces paragraphes disposent: 43

18. (1) La banque a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d'une personne physique.

...

20. (1) Les actes de la banque, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à la présente loi.

En ce qui concerne le paragraphe 18(1), l'avocat de la contribuable fait valoir que, faute de disposition expresse contraire, l'alinéa 174(2)i ne limite pas la capacité des banques de participer à des sociétés. Comme il n'existe pas de telle disposition contraire, les banques seraient libres de participer à des sociétés de personnes. Je ne suis pas de cet avis. L'alinéa 174(2)i précise dans les termes les plus nets qu'une banque «ne peut, directement ou indirectement . . . acquérir ou détenir une participation, au Canada, dans une société de personnes ou dans une société en commandite ou autrement participer à une telle société». Ce sont là des mots forts qui se prêtent à une application très large. En résumé, ils interdisent à toute banque de participer de quelque façon que ce soit à une société de personnes. Cette interdiction impérative limite de toute évidence selon moi la

18(1). Moreover, and I will further expand on this point below, banks are creatures of statute and in this important respect are very different from an ordinary corporation incorporated under a corporations statute.

capacité d'une banque d'agir comme si elle était une personne physique. Cette interdiction est tout à fait légitime. Premièrement, elle s'accorde avec le libellé du paragraphe 18(1). De plus—et je reviendrai sur ce point plus loin—, les banques sont créées par voie législative et, sous cet aspect important, elles sont fort différentes d'une personne morale ordinaire constituée sous le régime d'une loi régissant les personnes morales.

44 Counsel for the taxpayer also argues that subsection 20(1) renders valid, or keeps from being rendered invalid, all acts of a bank that are in violation of the Act.

L'avocat de la contribuable soutient également que le paragraphe 20(1) rend valides, ou empêche de rendre invalides, tous les actes d'une banque qui contreviennent à la Loi. 44

45 I do not agree. The provision merely says that an act of a bank is not invalid by reason only that it violates the Act. The provision, by its wording, does not prohibit a finding of invalidity, but in fact contemplates that such findings can be made. Subsection 20(1) could have easily and clearly stated that all findings of invalidity are prohibited. It does not state that. In my view, the wording of the provision is wide enough to allow a court to hold invalid some acts and, in proper circumstances, to give relief in cases where it would be inequitable to render an act invalid. The provision gives a court discretion in granting relief and was included to protect third parties who innocently rely on a bank's authority, or who might suffer irreparably should an act be invalidated.⁵² The subsection also permits courts to render invalid certain acts of a bank in circumstances where the court considers it appropriate.

Je ne suis pas de cet avis. La disposition en cause déclare simplement que les actes d'une banque ne sont pas nuls du seul fait qu'ils constituent une violation de la Loi. Cette disposition, par son libellé, n'empêche pas de conclure à l'invalidité de l'acte en question, mais envisage en fait la possibilité de tirer une telle conclusion. Le paragraphe 20(1) aurait facilement et clairement pu déclarer que toute conclusion d'invalidité est interdite. Or, ce n'est pas ce qu'il déclare. À mon avis, le libellé de la disposition en question est suffisamment large pour permettre au tribunal d'annuler certains actes et, lorsque les conditions applicables sont réunies, d'accorder une réparation dans les cas où il serait inéquitable d'annuler un acte. La disposition en question confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation et elle a été insérée dans la Loi pour protéger les tiers qui se fient de bonne foi aux pouvoirs de la banque ou qui pourraient subir un préjudice irréparable si l'acte était annulé⁵². Ce paragraphe permet également aux tribunaux d'annuler certains actes d'une banque dans des circonstances où ils jugent à propos de le faire. 45

46 In considering violations, then, a court may fashion a remedy appropriate to the circumstances. The concept of *ultra vires* nowadays is treated much like the common law principles of illegality. Professor Waddams explained this approach in referring to remedies fashioned for illegal contracts and those prohibited by statute:

En examinant les violations, le tribunal peut donc accorder une réparation adaptée aux circonstances. De nos jours, le concept de l'excès de pouvoir est assimilé en gros aux principes de l'illégalité reconnus en common law. Le professeur Waddams a expliqué ce concept en parlant des recours accordés dans le cas des contrats illégaux et des contrats interdits par la loi: 46

Distinctions should be drawn, it is suggested, among the various remedies that may be sought. In each case the remedy sought should be assessed according to the policies of the statute in question.⁵³

In my view, the act of entering into a partnership in this case, with the full knowledge that doing so would violate the *Bank Act*, and for the sole purpose of obtaining the deferral of a tax liability, is not a circumstance for which this Court should grant relief under subsection 20(1). Flagrant breaches of the law will not be ignored by this Court. Here, both Leasing and Continental had been advised by counsel that signing the partnership agreement was a violation of the *Bank Act*. They nevertheless signed the agreement with this knowledge and may not now be heard to ask this Court to ignore the illegality of their actions.

[TRADUCTION] Il conviendrait donc d'établir une distinction entre les diverses réparations qui peuvent être demandées. Dans chaque cas, la réparation demandée devrait être évaluée en fonction des principes de la loi en question⁵³.

À mon avis, l'acte consistant à participer à une société de personnes qui a été commis en l'espèce en sachant parfaitement que l'on violait ainsi la *Loi sur les banques* et dans le seul but d'obtenir le report d'une obligation fiscale, ne constitue pas une circonstance qui justifierait la Cour d'accorder une réparation en vertu du paragraphe 20(1). Notre Cour n'a pas l'intention de fermer les yeux sur des violations flagrantes de la loi. En l'espèce, la Leasing et la Continentale ont toutes les deux été avisées par les avocats qu'en signant le contrat de société, elles violaient la *Loi sur les banques*. Sachant cela, elles ont quand même signé le contrat et elles ne peuvent maintenant demander à la Cour de ne pas tenir compte de l'illégalité de leurs actes.

47 Counsel for the taxpayer argued that an *obiter* statement of the Alberta Court of Queen's Bench should be followed in this context. In *Canadian Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*,⁵⁴ a bank entered certain agreements with third parties which gave rise to fiduciary obligations. It was argued by parties external to these agreements that the bank thereby violated paragraph 174(2)(b) of the *Bank Act*, which prohibits a bank from engaging in fiduciary activities. Though Wachowich J., as he then was, did not find a violation as such, he stated that the activities, in effect, would in any event have been saved from being found *ultra vires* by subsection 20(1). He stated:

L'avocat de la contribuable soutient que la Cour devrait, dans ce contexte, suivre l'opinion incidente formulée par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Dans l'affaire *Canadian Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*⁵⁴, une banque avait conclu avec des tiers certains accords qui donnaient lieu à des obligations fiduciaires. Les parties étrangères à ces accords soutenaient que la banque violait de ce fait l'alinéa 174(2)b) de la *Loi sur les banques*, qui interdit aux banques de se livrer à des activités fiduciaires. Bien que le juge Wachowich n'ait pas conclu comme tel à une violation de la Loi, il a déclaré que le paragraphe 20(1) aurait de toute façon empêché que l'on conclue que les activités reprochées constituaient un excès de pouvoir. Il a déclaré:

It seems to me that by statutorily conferring upon a bank the capacity of a natural person, no issue of *ultra vires* is possible in the context of third parties dealing with the bank by its charter. This is not to say that shareholders are precluded from enforcing restrictions imposed upon a bank, but rather that other parties can rely upon their dealings with the bank. With respect to illegality, the *Act* would appear to encompass the field in two ways. First, the *Act* expressly states that any contravening action by a bank is not invalid (s. 20(1)). Second, the *Act* prescribes the consequence arising from a violation, that is, the *Act* imposes a penalty in s. 314(1). Therefore, in

[TRADUCTION] Il me semble que, comme la loi reconnaît aux banques la capacité d'une personne physique, la question de l'excès de pouvoir ne se pose pas dans le cas de tiers traitant avec la banque conformément à sa charte. Cela ne veut pas dire que les actionnaires ne peuvent pas demander au tribunal de faire respecter les restrictions auxquelles la banque est assujettie, mais plutôt que les autres parties peuvent se fier à leurs transactions avec la banque. En ce qui concerne l'illégalité, la *Loi* semblerait couvrir toute la question sous deux aspects. En premier lieu, la *Loi* déclare expressément que les actes illicites commis par la banque ne sont pas nuls (par. 20(1)). En

my view, these two sections are a complete answer to the alleged violations of the Act raised by the unsecured creditors.⁵⁵

I have two comments on this statement. First, it seems to me that subsection 20(1) is properly characterized as a saving provision. As Wachowich J. stated, the provision ensures that "other parties can rely upon their dealings with the bank." The provision, in other words, is intended to keep from being rendered invalid illegal transactions where doing so would harm innocent parties who rely on the bank's authority. In my view, apart from the statement by Wachowich J. implying that subsection 20(1) automatically makes all illegal acts valid, with which I in any event disagree respectively, the fact situation in issue in that case would be a proper one for the application of the section. The parties who entered the agreements with the bank were entitled to rely on the bank's authority.

second lieu, la Loi prévoit les conséquences qui découlent d'une violation en prévoyant une sanction au paragraphe 314(1). J'estime, en conséquence, que les deux articles en question mettent à néant les allégations de violations de la Loi formulées par les créanciers chirographaires⁵⁵.

J'ai deux commentaires à faire au sujet de cet énoncé. En premier lieu, il me semble que l'on peut à juste titre qualifier le paragraphe 20(1) de disposition d'exception. Ainsi que le juge Wachowich l'a déclaré, cette disposition garantit que «les autres parties peuvent se fier à leurs transactions avec la banque». En d'autres termes, cette disposition vise à empêcher l'annulation des transactions illégales lorsque, ce faisant, on causerait un préjudice à des personnes de bonne foi qui se sont fiées aux pouvoirs de la banque. À mon avis, hormis la déclaration du juge Wachowich de laquelle il découle que le paragraphe 20(1) rend automatiquement valides tous les actes illégaux—ce avec quoi je suis, de toute façon, en désaccord—, la situation factuelle en l'espèce se prête bien à l'application de l'article en question. Les personnes qui ont conclu les accords avec la banque avaient le droit de se fier aux pouvoirs de la banque.

48 Second, while this statement may be appropriate to private sector corporations, it is too broadly worded as regards the *Bank Act* prohibitions. If every act of a bank were rendered valid by subsection 20(1), the prohibitions would serve no useful purpose. Parliament, in my respectful view, cannot be taken to have enacted useless laws. In the words of Ritchie C.J. of the Supreme Court of Canada:

This prohibition, as Chief Justice *Dorion* justly remarks, is a law of public policy and in the public interest. . . .

It would be a curious state of the law if, after the Legislature had prohibited a transaction, parties could enter into it, and, in defiance of the law, compel courts to enforce and give effect to their illegal transactions.⁵⁶

I do not find that much has changed since Ritchie C.J. uttered those remarks. Though the *ultra vires*

En second lieu, bien que cet énoncé puisse convenir dans le cas des compagnies du secteur privé, il est libellé de façon trop générale en ce qui concerne les interdictions contenues dans la *Loi sur les banques*. Si le paragraphe 20(1) avait pour effet de rendre valide chaque acte d'une banque, les interdictions seraient inutiles. On ne saurait, en toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, considérer que le législateur a adopté des lois inutiles. Pour reprendre les mots du juge en chef Ritchie de la Cour suprême du Canada:

[TRADUCTION] Cette interdiction constitue, comme le juge en chef *Dorion* le fait remarquer tout à fait justement, une règle de droit d'ordre public et d'intérêt public . . .

Ce serait un curieux état du droit si, après que le législateur a interdit une opération, des personnes pouvaient conclure une telle opération et, au mépris de la loi, pouvaient forcer les tribunaux à faire respecter et à donner effet à leurs opérations illégales⁵⁶.

Je ne crois pas que la situation ait beaucoup changé depuis que le juge en chef Ritchie a formulé ces

doctrine may be of less practical concern for non-statutory corporations nowadays, the same cannot be said for their statutory counterparts. I agree with the House of Lords when it stated:

Whenever a corporation is created by Act of Parliament, with reference to the purposes of the Act, and solely with a view to carrying these purposes into execution, I am of opinion not only that the objects which the corporation may legitimately pursue must be ascertained from the Act itself, but that the powers which the corporation may lawfully use in furtherance of these objects must either be expressly conferred or derived by reasonable implication from its provisions.⁵⁷

On this issue, the Supreme Court of Canada underlines this view in the recent decision, *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*:

... in spite of the general trend toward the abolition of the doctrine of *ultra vires*, the limited aspects of the doctrine, as seen from the above review, may be present with respect to corporations created by special act for public purposes. Not only is there a long line of cases supporting the principle, but one may argue that this protects the public interest because a company created for a specific purpose by an act of a legislature ought not to have the power to do things not in furtherance of that purpose.⁵⁸

In the present circumstances, I am not inclined to overlook the prohibitions listed in section 174 in the manner suggested by counsel. In my view, it is obligatory on this Court to apply the doctrine of illegality and *ultra vires* and to view Continental's actions as invalid.

c) Subsection 273(6)

49 The taxpayer's counsel, in one last argument on this issue, suggests that section 174 applies only in the day-to-day business of a bank; it does not apply to a bank which is in the process of winding up its affairs. Rather, he argues, the bank's activities in such situations are governed by subsection 273(6), which states:

observations. Bien que, de nos jours, la théorie de l'excès de pouvoir ait peut-être moins d'intérêt pratique pour les personnes morales qui ne sont pas constituées sous le régime d'une loi, on ne peut en dire autant de leurs homologues constituées en vertu d'une loi. À cet égard, je suis d'accord avec la Chambre des lords lorsqu'elle déclare:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que, chaque fois qu'une personne morale est constituée sous le régime d'une loi du Parlement eu égard aux objectifs de cette loi et uniquement en vue de mettre ces objectifs à exécution, on doit non seulement déterminer les fins que la personne morale peut légitimement poursuivre en fonction de la loi elle-même, mais il faut aussi que les pouvoirs que la personne morale peut légalement exercer pour favoriser la réalisation de ces fins soient expressément conférés par les dispositions de la loi en question ou en découlent implicitement⁵⁷.

Sur cette question, la Cour suprême du Canada reconnaît l'importance de ce point de vue dans l'arrêt récent *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*:

... malgré la tendance générale vers l'abolition de la théorie de l'*ultra vires*, ses aspects restreints, qui ressortent de l'analyse qui précède, peuvent s'appliquer aux sociétés constituées par une loi spéciale à des fins publiques. Il existe non seulement un important courant de jurisprudence à l'appui du principe, mais encore il est possible de soutenir que cela protège l'intérêt public puisqu'une société constituée à une fin précise par une loi du législateur ne devrait pas pouvoir faire des choses qui ne servent pas à réaliser cette fin⁵⁸.

Eu égard aux circonstances de la présente affaire, je ne suis pas enclin à oublier les interdictions énumérées à l'article 174 de la façon proposée par l'avocat de la contribuable. À mon avis, la Cour est tenue d'appliquer la théorie de l'illégalité et de l'excès de pouvoir et de considérer les actes de la Continentale comme nuls.

c) Paragraphe 273(6)

L'avocat de la contribuable, dans le dernier argument qu'il a formulé sur cette question, affirme que l'article 174 ne vise que les activités quotidiennes des banques et qu'il ne s'applique pas à une banque qui est en train de procéder à sa liquidation. Il affirme qu'en pareil cas, les activités de la banque sont régies par le paragraphe 273(6), qui dispose:

273. . . .

(6) When the Governor in Council has approved a sale agreement, the selling bank may thereafter carry on business only to the extent necessary to enable the directors to carry out the sale agreement and wind up the business of the bank.

Counsel then suggests that the partnership transaction was simply a form of carrying on business "to the extent necessary" for the bank to finalize its affairs. The partnership transaction therefore did not violate the Act.

50 This argument is without merit. Subsection 273(6) does not broaden the powers of banks in winding-up situations—rather, it restricts them even further as they are being wound up. There is no reason to think that banks in the process of being wound up are suddenly freed from the restrictions imposed upon banks operating in the normal course of business. Banks may only carry on the business of "banking" as defined by the Act. This definition includes the prohibitions of section 174. Banks may not do more. I therefore disagree with counsel when he says that, while winding up, banks may do as they please disregarding the usual limitations on them. Furthermore, subsection 174(2) states that "Except as authorized by or under this Act," a bank shall not do the things then listed. The plain meaning of those words is that any prohibited activity, such as participation in a partnership, will be allowed only if expressly authorized by the Act. No provision expressly authorizes a bank to enter a partnership, whether during the winding-up of its affairs or any other time.

4. DISPOSITION

51 This appeal will, therefore, be allowed with costs. The decision of the Tax Court Judge will be set

273. . . .

(6) Dès l'approbation d'un contrat de vente par le gouverneur en conseil, la banque vendeuse ne peut poursuivre ses activités que dans la mesure nécessaire pour permettre à ses administrateurs de poursuivre l'exécution du contrat et de procéder à sa liquidation.

L'avocat ajoute que l'opération portant constitution de la société ne constituait qu'une sorte d'activité qui était poursuivie «dans la mesure nécessaire» pour permettre à la banque de mener ses affaires à terme. L'opération par laquelle la société a été créée ne constituerait donc pas une violation de la Loi.

Cet argument est mal fondé. Le paragraphe 273(6) n'élargit pas les pouvoirs des banques en cas de liquidation; au contraire, il les limite encore plus en pareil cas. Rien ne permet de penser que les banques qui sont en train de procéder à leur liquidation sont soudainement libérées des restrictions qui leur sont imposées lorsqu'elles exercent leurs activités dans le cours normal de leurs affaires. La seule entreprise que les banques peuvent exploiter est une «entreprise bancaire» au sens de la définition contenue dans la Loi. Les interdictions prévues à l'article 174 s'appliquent à cette définition. Les banques ne peuvent faire rien de plus. Je suis par conséquent en désaccord avec l'avocat de la contribuable lorsqu'il affirme que, pendant qu'elles procèdent à leur liquidation, les banques peuvent faire ce qui leur plaît en faisant fi des restrictions habituelles auxquelles elles sont assujetties. Qui plus est, le paragraphe 174(2) déclare que, «[s]auf dans les conditions prévues par la présente loi ou ses textes d'application», une banque ne peut faire les choses qui y sont énumérées. Ces termes signifient de toute évidence que toute activité prohibée, comme la participation à une société de personnes, n'est permise que si elle est expressément autorisée par la Loi. Or, la Loi ne renferme aucune disposition qui autorise expressément une banque à participer à une société de personnes, que ce soit au cours de sa liquidation ou à tout autre moment.

50

4. DISPOSITIF

Le présent appel sera, par conséquent, accueilli avec dépens. La décision du juge de la Cour de

51

aside and the Minister's reassessment for the taxation year 1987 will be restored.

l'impôt sera annulée et la nouvelle cotisation établie par le ministre pour l'année d'imposition 1987 sera rétablie.

52 ISAAC C.J.: I agree.

LE JUGE EN CHEF ISAAC.: Je suis du même avis. 52

53 McDONALD J.A.: I agree.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je suis du même avis 53

¹ *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [(as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1), s. 97(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 58; 1985, c. 45, s. 49)].

² *An Act to incorporate Continental Bank of Canada*, S.C. 1976-77, c. 58 as amended. At the time, Continental was the largest second-tier bank, and the 7th largest bank overall, in Canada.

³ The two banks concerned were the Canadian Commercial Bank and the Northlands Bank.

⁴ The fair market value of the assets claimed under s. 97(2) election was \$147,828,984. The tax value of these assets, being their undepreciated capital cost, was \$64,989,724, a difference of about \$83 million.

⁵ The amount contributed by each company was \$656,929.

⁶ Leasing received a cheque for \$130,726 in respect of what was claimed as its net earnings for the days it was involved in the arrangement. As Leasing had quit the arrangement before the end of the arrangement's fiscal year-end, the cheque should have been issued to Continental.

⁷ Evidence, Common Appendix II, vol. I, at p. 737.

⁸ The original proposal suggested the partnership subsist for one day, December 24, 1986. The final agreement specified a duration of some five days, from December 24-29, 1986.

⁹ *Banque Continentale Bank of Canada v. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2135 (T.C.C.).

¹⁰ *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, per Estey J.

¹¹ *Ibid.*, at pp. 545-546.

¹² S. 245 was not relied on in this appeal.

¹³ *Friedberg (A.D.) v. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1 (F.C.A.), at pp. 2-3; aff'd [1993] 4 S.C.R. 285.

¹⁴ *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

¹⁵ *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] S.C.R. 82.

¹⁶ *Ibid.*, at p. 85.

¹ *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. 97(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 58; 1985, ch. 45, art. 49)].

² *Loi constituant en corporation la Banque Continentale du Canada*, S.C. 1976-77, ch. 58, modifiée. À l'époque, la Continentale était la plus importante banque de deuxième rang au Canada et elle occupait le septième rang parmi l'ensemble des banques canadiennes.

³ Les deux banques en question étaient la Banque Commerciale du Canada et la Norbanque.

⁴ La juste valeur marchande des éléments d'actif dont on a demandé la déduction en vertu du choix prévu à l'art. 97(2) était de 147 828 984 \$. La valeur fiscale de ces éléments d'actif, à savoir la fraction non amortie de leur coût en capital, se chiffrait à 64 989 724 \$, une différence d'environ 83 000 000 \$.

⁵ La mise de fonds de chaque compagnie était de 656 929 \$.

⁶ La Leasing a reçu un chèque au montant de 130 726 \$ relativement à ce qu'elle a déclaré être ses gains nets pour les quelques jours où elle a pris part à l'opération. Comme la Leasing s'était retirée de cette opération avant la clôture de l'exercice prévue aux termes de cette entente, le chèque aurait dû être libellé à l'ordre de la Continentale.

⁷ Preuve (annexe commune II, vol. I, à la p. 737).

⁸ La proposition initiale prévoyait que la société ne devait durer qu'un jour, le 24 décembre 1986. L'accord définitif prévoyait une durée de quelque cinq jours, du 24 au 29 décembre 1986.

⁹ *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2135 (C.C.I.).

¹⁰ *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536 (le juge Estey).

¹¹ *Ibid.*, aux p. 545 et 546.

¹² L'art. 245 n'a pas été invoqué dans le présent appel.

¹³ *Friedberg (A.D.) c. Canada*, [1992] 1 C.T.C. 1 (C.A.F.), aux p. 1 et 2; confirmé par [1993] 4 R.C.S. 285.

¹⁴ *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.).

¹⁵ *Dominion Taxicab Assn. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.S. 82.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 85.

¹⁷ See *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1993] 1 F.C. 622 (T.D.); aff'd [1995] 2 C.T.C. 320 (F.C.A.).

¹⁸ *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at p. 52, per Dickson C.J.

¹⁹ See *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229 (C.A.); leave to appeal refused [1982] 1 S.C.R. vi, where the Ontario C.A. held that a finding of partnership is a finding of fact and law.

²⁰ R.S.O. 1980, c. 370.

²¹ *Pooley v. Driver* (1876), 5 Ch. D. 458, at p. 472, per Jessel M.R.; *Davis v. Davis*, [1894] 1 Ch. 393; *Collins v. Barker*, [1893] 1 Ch. 578.

²² *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] S.C.R. 328.

²³ *Ibid.*, at p. 329.

²⁴ Banks, *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. (1990), at p. 60.

²⁵ *Schultz v. Canada*, [1996] 1 F.C. 423 (C.A.), per Stone J.A.

²⁶ *Ibid.*, at pp. 438-439.

²⁷ *Pooley v. Driver* (1876), 5 Ch. D. 458; *Stekel v. Ellice*, [1973] 1 W.L.R. 191 (Ch. D.).

²⁸ *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.), at p. 290, per Cozens-Hardy M.R.

²⁹ *Supra*, note 9, at p. 2151.

³⁰ *Davis v. Davis*, [1894] 1 Ch. 393.

³¹ *Ibid.*, at p. 399.

³² Article A.10 of the Master Agreement, A.B., vol. V, Common Appendix I, at p. 888.

³³ Evidence; Common Appendix I, vol. II, at p. 219; Common Appendix II, vol. I, at pp. 748-749.

³⁴ Evidence; Common Appendix II, vol. II, at p. 272.

³⁵ Evidence; Common Appendix II, vol. II, at pp. 363-364.

³⁶ Evidence; Common Appendix II, Vol. I, at pp. 799-800.

³⁷ S.C. 1974-75-76, c. 33, as amended [as am. by S.C. 1978-79, c. 9, s. 65].

³⁸ S. 273(6) of the *Bank Act*.

³⁹ See *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., reissue (1994), vol. 35, at pp. 5-6. See also *Coates & Another v. Williams* (1852), 7 Ex. 205; 155 E.R. 918 and *Janes v. Whitbread and Others* (1851), 11 C.B. 406; 138 E.R. 530.

⁴⁰ *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.), at p. 315.

⁴¹ *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 320 (F.C.A.).

⁴² *Ibid.*, at p. 327.

⁴³ *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed., at p. 11.

¹⁷ Voir le jugement *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1993] 1 C.F. 622 (1^{re} inst.); conf. par [1995] 2 C.T.C. 320 (C.A.F.).

¹⁸ *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la p. 52 (le juge en chef Dickson).

¹⁹ Voir l'arrêt *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 36 O.R. (2d) 229 (C.A.); autorisation de former un pourvoi refusée à [1982] 1 R.C.S. vi. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que lorsque le tribunal conclut à l'existence d'une société, il tire à la fois une conclusion de fait et une conclusion de droit.

²⁰ L.R.O. 1980, ch. 370.

²¹ *Pooley v. Driver* (1876), 5 Ch. D. 458, à la p. 472 (le maître des rôles Jessel); *Davis v. Davis*, [1894] 1 Ch. 393; *Collins v. Barker*, [1893] 1 Ch. 578.

²² *Robert Porter & Sons Ltd. v. Armstrong*, [1926] R.C.S. 328.

²³ *Ibid.*, à la p. 329.

²⁴ Banks, *Lindley & Banks on Partnership*, 16^e éd. (1990), à la p. 60.

²⁵ *Schultz c. Canada*, [1996] 1 C.F. 423 (C.A.) (le juge Stone).

²⁶ *Ibid.*, aux p. 438 et 439.

²⁷ *Pooley v. Driver* (1876), 5 Ch. D. 458; *Stekel v. Ellice*, [1973] 1 W.L.R. 191 (Ch. D.).

²⁸ *Weiner v. Harris*, [1910] 1 K.B. 285 (C.A.), à la p. 290 (le maître des rôles Cozens-Hardy).

²⁹ Précité, note 9, à la p. 2151.

³⁰ *Davis v. Davis*, [1894] 1 Ch. 393.

³¹ *Ibid.*, à la p. 399.

³² Article A.10 de l'accord principal, D.A., vol. V, annexe commune I, à la p. 888.

³³ Preuve (annexe commune I, vol. II, à la p. 219; annexe commune II, vol. I, aux p. 748 et 749).

³⁴ Preuve (annexe commune II, vol. II, à la p. 272).

³⁵ Preuve (annexe commune II, vol. II, aux p. 363 et 364).

³⁶ Preuve (annexe commune II, vol. I, aux p. 799 et 800).

³⁷ S.C. 1974-75-76, ch. 33, modifiée [mod. par S.C. 1978-79, ch. 9, art. 65].

³⁸ Art. 273(6) de la *Loi sur les banques*.

³⁹ Voir *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., réédition (1994), vol. 35, aux p. 5 et 6. Voir également *Coates & Another v. Williams* (1852), 7 Ex. 205; 155 E.R. 918 et *Janes v. Whitbread and Others* (1851), 11 C.B. 406; 138 E.R. 530.

⁴⁰ *Adam v. Newbigging* (1888), 13 App. Cas. 308 (H.L.), à la p. 315.

⁴¹ *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 320 (C.A.F.).

⁴² *Ibid.*, à la p. 327.

⁴³ *Lindley & Banks on Partnership*, 16^e éd., à la p. 11.

⁴⁴ See *van Halderen (G.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2187 (T.C.C.) which held that where the parties did not intend to carry on a business, no partnership is created.

⁴⁵ The *Partnerships Act* sets out a variety of liability provisions. The more important are as follows:

10. Every partner in a firm is liable jointly with the other partners for all debts and obligations of the firm incurred while he is a partner . . .

11. Where by any wrongful act or omission of a partner acting in the ordinary course of the business of the firm, or with the authority of his co-partners, loss or injury is caused to a person not being a partner of the firm, or any penalty is incurred, the firm is liable therefor to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

12. In the following cases, namely,

- (a) where one partner, acting within the scope of his apparent authority, receives the money or property of a third person and misapplies it; and
- (b) where a firm in the course of its business receives money or property of a third person, and the money or property so received is misapplied by one or more of the partners while it is in the custody of the firm,

the firm is liable to make good the loss.

13. Every partner is liable jointly with his co-partners and also severally for everything for which the firm, while he is a partner therein, becomes liable under section 11 or 12.

⁴⁶ The penalty for contravening s. 174(2)(i) is contained in s. 174(16). It states:

174. . . .

(16) A bank that contravenes paragraphs (2)(a), (c), (f), (h), (i) or (j) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding five hundred dollars in respect of each contravention.

By virtue of s. 34 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] any reference to "summary conviction" in any statute other than the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] is a reference to a criminal conviction. S. 34 states:

34. . . .

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the

⁴⁴ Voir le jugement *van Halderen (G.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2187 (C.C.I.), dans lequel le tribunal a jugé qu'aucune société de personnes n'est créée lorsque les parties n'ont pas l'intention d'exploiter une entreprise.

⁴⁵ La *Loi sur les sociétés en nom collectif* renferme plusieurs dispositions qui portent sur la responsabilité. En voici les plus importantes:

10 Chacun des associés d'une firme est responsable, conjointement avec ses coassociés, de toutes les dettes et obligations de la firme contractées pendant qu'il est associé . . .

11 S'il est causé une perte ou un préjudice à une personne autre qu'un associé de la firme, ou si une peine quelconque est encourue, par suite d'un acte ou d'une omission illégitime d'un associé agissant dans la conduite ordinaire de l'entreprise de la firme ou avec l'autorisation de ses coassociés, la firme en est responsable dans la même mesure que l'associé qui a commis cet acte ou cette omission.

12 La firme est tenue de réparer la perte subie dans les cas suivants:

- a) lorsqu'un associé agissant dans le cadre de ses pouvoirs apparents reçoit l'argent ou les biens d'un tiers et en dispose indûment;
- b) lorsqu'elle reçoit dans la conduite de son entreprise de l'argent ou des biens d'un tiers, et que pendant qu'elle en a la garde, un ou plusieurs des associés en disposent indûment.

13 Chacun des associés est responsable, solidairement avec ses coassociés, de tout ce dont la firme devient responsable aux termes de l'article 11 ou 12, pendant qu'il en est un des associés.

⁴⁶ La sanction prévue en cas de contravention à l'art. 174(2)i) est prévue à l'art. 174(16), qui dispose:

174. . . .

(16) La banque qui contrevient aux alinéas (2)a), c), f), h), i) ou j) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, une amende maximale de cinq cents dollars pour chaque contravention.

Aux termes de l'art. 34 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], toute mention d'une «infraction sommaire» dans toute autre loi que le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] équivaut à celle d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L'art. 34 dispose:

34. . . .

(2) Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure

extent that the enactment otherwise provides.

⁴⁷ The case law has held that "indirect" participation is participation through a subsidiary or other intermediary. See *Northern Crown Bank v. Great West Lumber Co.* (1914), 7 Alta. L.R. 183 (C.A.); and *White et al. v. The Bank of Toronto et al.*, [1953] O.R. 479 (C.A.). This view was accepted by Professor Ogilvie in his book *Canadian Banking Law* (1991), at p. 330.

⁴⁸ The illegality provision in the *Partnerships Act* merely codifies the common law of illegal contracts as applied to partnerships. As regards illegal contracts, Cheshire, Fifoot and Furmston state the following in their text *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed., 1991, at p. 349:

A contract that is expressly or implicitly prohibited by statute is illegal. In this context, 'statute' includes the orders, rules and regulations that ministers of the Crown and other officials are so frequently authorised by Parliament to make.

If the contract in fact made by the parties is expressly forbidden by the statute, its illegality is undoubted.

See *Williams v. Jones* (1826), 5 B. & C. 108; 108 E.R. 40 (K.B.) where a partnership between a solicitor and an unqualified person under the Solicitors Act was found illegal; see also the recent case of *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.).

⁴⁹ *Lindley & Banks on Partnership*, 16th ed. at p. 114.

⁵⁰ *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, supra, at p. 349.

⁵¹ See generally *Fraser & Stewart Company Law of Canada* (6th ed. 1993), at p. 72.

⁵² See *Distribulite Ltd. v. Toronto Board of Education Staff Credit Union* (1987), 62 O.R. (2d) 225 (H.C.), at pp. 276-277, per Campbell J. See generally, Ziegel, *Studies in Canadian Company Law*, vol. 2 (1973), at p. 17.

⁵³ S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3rd ed., at p. 384.

⁵⁴ *Canadian Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* (1986), 75 A.R. 333 (Q.B.), per Wachowich J.

⁵⁵ *Ibid.*, at p. 339.

⁵⁶ *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, at p. 610.

⁵⁷ *Wenlock (Baroness) v. River Dee Company* (1885), 10 App. Cas. 354 (H.L.), at pp. 362-363, per Lord Watson.

⁵⁸ [1991] 3 S.C.R. 388, at pp. 406-407.

sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

⁴⁷ Suivant la jurisprudence, une participation «indirecte» peut prendre la forme d'une participation par le truchement d'une filiale ou d'un autre intermédiaire. Voir les arrêts *Northern Crown Bank v. Great West Lumber Co.* (1914), 7 Alta. L.R. 183 (C.A.) et *White et al. v. The Bank of Toronto et al.*, [1953] O.R. 479 (C.A.). Le professeur Ogilvie souscrit à cette opinion dans son ouvrage *Canadian Banking Law* (1991), à la p. 330.

⁴⁸ La disposition relative à l'illégalité que renferme la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne fait que codifier les principes de common law relatifs aux contrats illégaux en les appliquant aux sociétés de personnes. En ce qui concerne les contrats illégaux, voici ce que déclarent Cheshire, Fifoot et Furmston dans leur ouvrage *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12^e éd., 1991, à la p. 349:

[TRADUCTION] Le contrat qui est expressément ou implicitement interdit par la loi est illégal. Dans le présent contexte, sont assimilés aux lois les arrêtés, règles et règlements que le législateur autorise si fréquemment les ministres de la Couronne et d'autres fonctionnaires à prendre.

Si le contrat effectivement conclu par les parties est expressément interdit par la loi, son illégalité ne fait aucun doute.

Voir la décision *Williams v. Jones* (1826), 5 B & C 108; 108 E.R. 40 (K.B.), dans laquelle une société de personnes créée entre un procureur et une personne ne remplissant pas les conditions requises par la Solicitors Act a été jugée illégale; voir également l'arrêt récent *Hudgell Yeates & Co. v. Watson*, [1978] 2 All E.R. 363 (C.A.).

⁴⁹ *Lindley & Banks on Partnership*, 16^e éd., à la p. 114.

⁵⁰ *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, précité, à la p. 349.

⁵¹ Voir, de façon générale, *Fraser & Stewart Company Law of Canada* (6^e éd., 1993), à la p. 72.

⁵² Voir le jugement *Distribulite Ltd. v. Toronto Board of Education Staff Credit Union* (1987), 62 O.R. (2d) 225 (H.C.), aux p. 276 et 277 (le juge Campbell). Voir, de façon générale, Ziegel, *Studies in Canadian Company Law*, vol. 2 (1973), à la p. 17.

⁵³ S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3^e éd., à la p. 384.

⁵⁴ *Canadian Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* (1986), 75 A.R. 333 (B.R.) (le juge Wachowich).

⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 339.

⁵⁶ *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, à la p. 610.

⁵⁷ *Wenlock (Baroness) v. River Dee Company* (1885), 10 App. Cas. 354 (H.L.), aux p. 362 et 363 (lord Watson).

⁵⁸ [1991] 3 R.C.S. 388, aux p. 406 et 407.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of adjudicator's decision ordering applicant to pay respondent twelve months' salary and portion of extrajudicial expenses—Hired in 1979 as manager of airport operated by applicant at St-Irénée, county of Charlevoix, respondent suspended from duties in February 1994 and dismissed one month later—Respondent filed complaint under Canada Labour Code, ss. 240 *et seq.* for unjust dismissal—After compelling applicant to furnish him particulars, adjudicator commented on each of nineteen grounds for dismissal alleged by applicant—Canada Labour Code contains privative clause providing adjudicator's order final—Following principle of judicial deference, intervention of Court limited to cases of "patently unreasonable" decisions—Adjudicator concluded relationship of trust between employer and employee irremediably affected and, as result, did not reinstate him—Whether decision patently unreasonable—Adjudicator rejected several reasons for dismissal for lack of evidence, lack of credibility of witnesses, delay in drawing attention to respondent's absences or negligence more attributable to applicant than to its employee—Adjudicator concluded other reasons had affected relationship of trust between employer and employee—Respondent took \$400 bribe when contract for runway maintenance awarded in fall of 1992—Respondent's conduct blameworthy and objectionable—Adjudicator recognized relationship of trust had been so affected as to make reinstatement impossible—Decision not patently unreasonable—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 240.

REGIONAL COUNTY MUNICIPALITY OF CHARLEVOIX-EST
v. GUAY (T-1777-95, Denault J., decision dated
19/6/96, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Judicial review of IRB, Appeal Division's decision not to reopen decision to vacate stay of removal order—(1)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Whether appropriate test on reopening before Appeal Division (i) reasonable possibility Appeal Division's original decision might be changed in light of evidence presented in motion to appeal or (ii) new evidence, when considered in context of evidence as whole must be such as would be likely to persuade Appeal Division to change decision to dismiss appeal—Applicant alleging Appeal Division improperly applied second, higher, test—Application dismissed—Appeal Division applied lower first test, although alternatively of opinion second test proper test on reopening—(2) Appeal Division of view expert opinions not of appreciable assistance to Appeal Division in respect of matters within own expertise, knowledge but treated all expert evidence as admissible, and considered, assessed, weighed it—In view of treatment of expert evidence, views as to whether expert evidence required in respect of certain issues *obiter*—Whether erred as to necessity of expert evidence on certain issues need not be decided on judicial review—(3) Reopening application to be dealt with summarily—Only cases passing through reopening filter intended to be referred for full reconsideration—While unusual, unnecessary for Appeal Division to delve extensively into evidence on reopening application, within its authority to do so: *Harding v. Minister of Manpower & Immigration*, [1972] F.C. 1153 (C.A.); *Fogel v. Minister of Manpower & Immigration*, [1975] F.C. 121 (C.A.)—Question certified: In deciding whether to reopen proceedings, may IRB, Appeal Division weigh, consider, evaluate evidence?

MARTIN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-322-95, Rothstein J., order dated 5/7/96, 5 pp.)

Inadmissible Persons

Application for judicial review of adjudicator's decision to order applicant's deportation, having found him to be person described in s. 27(2)(a) Immigration Act—Issue whether *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 410 (C.A.) applies to facts of present case—Applicant applying for permanent residence

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

and sponsored by wife, Canadian citizen—Application approved in principle and awaiting exemption from requirement under s. 9(1) that every immigrant apply for and obtain visa before entering country—Applicant charged with conspiracy to traffic in narcotics before formal decision rendered—Application not proceeding until disposition of criminal proceedings—Applicant convicted and sentenced to seven years in prison—Applicant becoming member of inadmissible class and ordered deported—*Dass* decision requiring decisions be formulated and communicated to affected parties before judicial review available—Oral communication of congratulations not formal decision—Application for *certiorari* dismissed—Applicant, however, entitled to final decision in respect of application for landing—No decision communicated to applicant in definitive manner—*Mandamus* issued directing respondent to issue decision on application for landing—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 27(2)(a) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 5).

MUIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2875-95, McKeown J., order dated 31/5/96, 5 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for certification of following question: Whether absence of procedural rights in criminal trial where death penalty may be imposed constitute persecution within meaning of definition of Convention refugee—Immigration Act, s. 83(1) requiring only “serious questions of general importance” be certified—Issue to be certified must also be determinative of appeal—Ordinary law of general application presumed valid, neutral until claimant shows law persecutory—Answer to proposed question not determinative of appeal—Applicant schizophrenic, patient at Queen Street Mental Health Centre in Toronto—Found not guilty by reason of insanity of murder of co-worker in January 1992—No evidence Chinese criminal procedure differs from ordinary laws of general application—No argument to counter presumption of validity, neutrality—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5159-94, Jerome A.C.J., order dated 3/7/96, 2 pp.)

Application for stay of proceedings on grounds of abuse of process—Argument in within judicial review proceeding completed, matter reserved by Associate Chief Justice—On March 1, 1996, meeting held between Chief Justice of Federal Court and Assistant Deputy Attorney General of Department of Justice concerning progress in cases before

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Court—Respondent seeking stay of proceedings on grounds actions of Assistant Deputy Attorney General and Chief Justice constituted violation of independence of Court, abuse of process—Matter not referred to, discussed at meeting between Assistant Deputy Attorney General and Chief Justice—All of evidence, arguments concluded herein, matter taken under reserve by Associate Chief Justice—Proceedings herein of entirely different nature from revocation of citizenship cases—Matter simply application for judicial review of Adjudicator’s preliminary decision as to correct interpretation, application of Immigration Act, s. 123—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 123.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. NEMSILA (IMM-2008-95, Rouleau J., order dated 29/7/96, 4 pp.)

Application for judicial review of immigration officer’s decision applicant not member of Post Determination Refugee Claimant in Canada Class (PDRCC Class)—Notified by covering letter and reasons—Covering letter stating, in error, applicant had returned to Iran and, also in error, applicant had been determined member of PDRCC Class—Nowhere question of return to Iran—Error obvious—On other hand, reasons internally consistent and clearly indicating applicant not member of PDRCC Class—Officer’s affidavit explaining had mistakenly generated wrong form letter on computer—*Timbo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 1 F.C. D-36 (T.D.) distinguished although fact situation similar—Here, obvious mistake had been made—Letter showed error on its face—Applicant cannot benefit from manifest technical error—Federal Court Act, s. 18.1(5) applicable herein—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(5) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

BASTANFAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3061-95, Simpson J., order dated 22/4/96, 3 pp.)

Application to stay execution of deportation order based on application for leave and for judicial review of decision appealed to Appeal Division (tribunal) of Immigration and Refugee Board—Respondent issuing opinion under Immigration Act, s. 70(5) applicant danger to public in Canada—Applicant prohibited by s. 70(5) from making appeal to tribunal—S. 70(5) applicable to appeal by virtue of transitional provision—Act, s. 49(1)(b) providing for stay of execution of removal order, including deportation order, where appeal against order outstanding before tribunal—Whether dangerousness opinion of Minister under s. 70(5) lifts statutory stay arising from s. 49(1)(b), where transitional provision applies, serious issue to be tried—Statutory

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

stay lifted when tribunal has “heard and disposed of” appeal or has declared appeal to be abandoned—Balance of convenience favouring stay of deportation where determination of serious issue would result in respondent having acted contrary to law—No major attachment of applicant to Canada other than through lapse of time—No basis to conclude applicant would suffer irreparable harm if removed from Canada—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 49(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41), 70(5) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

SILVA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2450-96, Gibson J., order dated 15/8/96, 7 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Federal Court Jurisdiction

Jurisdiction to give specific direction and appropriate exercise of jurisdiction—Application for order directing CRDD of IRB to declare applicant Convention refugee—Applicant formerly resident in Cuba and Ukraine—Board erred in requiring applicant to demonstrate well-founded fear of persecution in respect of both countries of former habitual residence—Application allowed—Agreeing with *Ali v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 76 F.T.R. 182 (F.C.T.D.), under language in Federal Court Act, s. 18.1(3)(b), Court has identical power to Court of Appeal to refer back with directions so specific they predetermine Board’s decision—In light of limited public resources, practical to interpret section to allow directions which will avoid rehearings in appropriate cases—On respondent’s question whether Board erred in concluding applicant stateless, Court exercising discretion in context of Board’s decision and not going behind that decision on matters unrelated to error on judicial review application—Board ordered to declare applicant Convention refugee—Question certified: Whether jurisdiction in FCTD to direct CRDD to declare applicant Convention refugee pursuant to Federal Court Act, s. 18.1(3)(b)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

TURANSKAYA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-166-95, Simpson J., order dated 18/4/96, 5 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Application for *mandamus* with respect to citizenship applications—In 1986 applicant, husband signed joint application for permanent residence containing material

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

misrepresentations regarding husband’s criminal convictions, association with political organizations, work history—Husband found inadmissible to Canada, but not yet removed as pending application for refugee status—Applicant applied for Canadian citizenship in 1990 for herself and three minor applicants—Citizenship judge indicating applicant appeared to qualify, but not called for swearing-in ceremony—Grant of citizenship delayed until determination whether husband made false representations—As applicant co-signed application for permanent residence, attesting to accuracy of information therein—Minister cannot make necessary determination concerning effect of Citizenship Act, s. 5(c) until finalization of application for refugee status—S. 10 providing citizenship revoked if obtained based on false representations on application for permanent residence—More orderly for Minister to first investigate suspicions of false representation before granting citizenship than to risk complex revocation proceedings contemplated by s. 18—Application adjourned *sine die*—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5, 10, 18.

KHALIL V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T-2179-92, Jerome A.C.J., order dated 20/8/96, 4 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of decision applicants not members of post-claim determination refugee claimants in Canada class (PDRCC)—Applicants Israeli citizens under law of return—Former residents of Ukraine, but renounced Soviet citizenship before Ukraine gaining independence—Israeli citizenship obtained on basis of misrepresentation; principal applicant facing serious criminal charges arising out of former service in KGB in Ukraine—Convention refugee status claims rejected—Applying for leave to apply for landing from within Canada as members of PDRCC class—Membership therein defined as immigrant who, if removed, would be subjected to objectively identifiable risk to life, extreme sanctions against immigrant, or of inhumane treatment—Tribunal accepting CRDD’s expert assessment, noting insufficient evidence to support assertions, no evidence removal from Israel will occur—Applicants alleging tribunal exercising discretion in patently unreasonable manner as failed to respond to counsel’s offer to provide further documentation to support applicants’ fears that, if returned to Israel, would be stripped of citizenship, deported to Ukraine where principal applicant would face extreme sanctions, possibly inhumane treatment—Application dismissed—Onus on applicants to make out case—No onus on tribunal to request further documentation—No reviewable error in failing to respond to counsel’s letter—Open to tribunal to consider CRDD’s decision in reaching own decision—Applicants submitting five questions with multiple subquestions for certification—General principle established by Immigration Act, s. 83(1) that Trial

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Division decisions on applications for judicial review of decisions or orders made under Immigration Act not subject to appeal to Federal Court of Appeal—Certification process exception—Should not be used to circumvent general rule—Use should be restricted to circumstances where specific question that is both serious and of general importance, and that will be determinative of appeal identified—Here counsel recommending certification of questions covering whole range of issues pleaded before Trial Division—At least some of issues case specific, not transcending interests of litigants—Many not contemplating issues of broad significance or general application—Some raising issues well settled in law—Essentially counsel seeking to circumvent general rule established by s. 83(1), reopen whole of matter heard herein as if unfettered right of appeal, virtually in nature of trial *de novo*—No question certified—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2 (as am. by SOR/93-44, s. 1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

SAMOYLENKO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1340-95, IMM-1341-95, IMM-1342-95, IMM-1344-95, Gibson J., order dated 5/7/96, 9 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division applicant not Convention refugee as excluded from claiming Convention refugee status on basis of serious grounds for believing crime committed against humanity—Applicant citizen of Somalia, member of Marehan tribe—In June 1988, applicant joined military police known as “Red Berets”—In January 1991, government of Siad Barre overthrown, United Somali Congress declared itself to be government—Applicant arrested by Hawiye soldiers, repeatedly tortured and threatened—Fled to Kenya, arrived in Canada on May 21, 1994—Claimed Convention refugee status on basis of well-founded fear of persecution by reason of race, membership in particular social group—Tribunal finding applicant not having well-founded fear of persecution in Gedo region of Somalia controlled by Marehan tribe, should he return there—Concluding applicant had knowledge of and accomplice in crimes against humanity perpetrated by Red Berets—Not making finding of fact in perverse, capricious manner in determining applicant had internal flight alternative in Gedo region—Failure to address issue of applicability of Immigration Act, s. 2(3) reviewable error resulting in matter sent back to tribunal for reconsideration unless applicant excluded by application of United Nations Convention, Art. 1F(a)—“Serious reasons for considering” in Art. 1F involving lower standard of proof than balance of probabilities—Tribunal not wrong in finding applicant excluded from refugee status by operation of Art. 1F(a)—Red Berets “dreaded elite unit” responsible for wide variety of human rights abuses, including tortures, massacres of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

civilians—Open to tribunal to find applicant shared common purpose with Red Berets, had knowledge of purposes—No basis for intervention of Court in regard to determination of tribunal applicant excluded from Convention refugee status by virtue of Art. 1F(a)—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(3)—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

ADEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2912-95, MacKay J., order dated 14/8/96, 14 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant Convention refugee but excluded by United Nations Convention, Art. 1F—Applicant citizen of Iraq, Tunisia—Joined Iraqi Mukhabarat, “police” organization serving as Saddam Hussein’s private army—In 1980, Al Da’wa members reportedly tried to assassinate Hussein—Applicant voluntarily identified Al Da’wa members to Iraqi secret police, working with Mukhabarat—Crown bearing onus of demonstrating crimes against humanity have been committed—Board not placing onus on applicant to fill evidentiary gap—Applicant arguing no crime against humanity without proven harm—Crown bearing onus of showing only serious reasons to consider crimes against humanity have been committed—Reasonable for Board to infer number of “Targets” would have been executed as result of applicant’s conduct—No reviewable error in Board’s treatment of issue—Appropriate definition of crimes against humanity speaking of crimes, acts committed against “any civilian population”—Word “civilian” may be used in definition to import notion of innocence, non-combatant status—Board erred in failing to expressly consider whether “Targets” civilians within meaning of definition—Board to consider in interests of justice whether, by reason only of membership in Mukhabarat, applicant may be excluded from admission to Canada—Application allowed—Following topics to be reconsidered by Board: 1) whether “Targets” civilians as term used in definition; 2) whether applicant’s membership in Mukhabarat justifies exclusion and 3) whether applicant’s involvement in arms deal justifies exclusion—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F.

SUMAIDA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-947-92, Simpson J.A., order dated 14/8/96, 10 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of visa officer’s decision denying applications for permanent residence of applicants and respective dependants—Applications by Grube, Latvian

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

proposing to work as self-employed ballet coach and choreographer and by Khachatryan, Estonian proposing to work as self-employed music teacher/pianist, both denied, without interviews, on grounds did not provide any formal accounts demonstrating successful business background and failed to establish in position to make significant cultural contribution to Canada—Consent to allowing applications and for reference back for redetermination but counsel unable to agree on whether, and if so what, directions should be given in relation to reconsideration of applications—Visa officer failed to conduct interview required by Regulations—Placed undue emphasis on lack of past business experience as self-employed person—Not sole criterion to be considered and must be considered in light of occupation sought to be undertaken in Canada—Visa officer herein placed undue emphasis on past experience—Also, in case of Khachatryan, visa officer placed undue emphasis on lack of evidence of international reputation—Order applications be reconsidered by different visa officer, considering all relevant factors—Must also consider all evidence submitted by each applicant and not place limit on nature of evidence relating to prior business experience or make unreasonable requirements for business experience and financial resources (or for international reputation or standing) necessary for self-employment in nature of that intended by applicant.

GRUBE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2484-95, IMM-2532-95, MacKay J., orders dated 14/8/96, 14 pp.)

CROWN**TORTS**

Practice—Plaintiff's motions for order for directions and for order permitting to amend statement of claim—Defendant moving for order striking out statement of claim or striking out defendant National Parole Board or paragraphs of statement of claim—Plaintiff's parole had been revoked by NPB—On judicial review, revocation quashed—Originally, plaintiff brought action in damages (\$348,500) as result of transfer to other penitentiary while should have been out on parole—Amendments seeking damages based on psychological trauma incurred during hostage in prison riot—Amendments sought reveal new cause of action and would result in injustice not capable of being compensated for by award of costs to defendants—Moreover, plaintiff has allowed 11 years to elapse from institution of action to present time—Motion to amend denied—As to motion to strike NPB, latter not actionable entity: *Oag v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 472 (T.D.)—Motion to strike statement of claim allowed as Crown not liable absent servant who may be held responsible for alleged wrong—Liability of Crown

CROWN—Concluded

must be found in Crown Liability Act—NPB not “servant” of Crown for purposes of Crown Liability Act: *McAllister v. The Queen* (1985), 16 Admin. L.R. 294 (F.C.T.D.)—Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-38.

LATHAM V. CANADA (T-751-85, Teitelbaum J., order dated 31/7/96, 8 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal of Tax Court of Canada decision vacating reassessments made against respondent for five taxation years from 1984 to 1988—Issue whether respondent entitled to deduct \$385,802 (damages, interest, costs and legal fees) as business loss in computing his income for 1987 taxation year, and then carry over loss not deducted in 1987 to other years in issue—In 1976, respondent started real estate brokerage on own—As result of fraud and false representations, ordered to pay damages, interest and costs—Did not satisfy judgment until 1987, after judgment of Court of Appeal—Act declares all income taxable but allows deduction only of expenses incurred for purpose of gaining income—Respondent cannot be considered to have ceased activities as broker as long as engaged in completing things done in carrying on business even though at that point no longer carrying on business and could no longer act on behalf of clients—To meet requirement of Income Tax Act, in s. 18(1)(a), necessary payment be directly related to act necessary in order to carry on trade or profession and potentially considered to have been performed improperly—Tort herein committed while carrying on trade or profession but completely foreign to it—Payment in satisfaction of award of damages for tort, intentional unlawful act, deliberate act committed with aim of causing damage—Payment of award of damages and interest does not meet condition in Act, s. 18(1)(a) in order for respondent to be able to deduct it as expense associated with carrying on profession as real estate broker—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. POULIN (A-68-94, Marceau J.A., judgment dated 15/7/96, 8 pp.)

JUDGES AND COURTS

Prothonotaries—Appeal from Prothonotary's decision on motion to strike out paragraphs of plaintiff's reply—Standard of review applicable to Prothonotary's decisions as set out by Isaac C.J. in *Canada v. Aqua-Gem Investments*

JUDGES AND COURTS—Concluded

Ltd., [1993] 2 F.C. 425 (C.A.): should be disturbed only when clearly wrong (based on wrong principle or misapprehension of facts) or when prothonotary improperly exercising discretion on question vital to final issue of case—High degree of respect to be accorded to decisions of prothonotaries—Prothonotary's decision herein thoughtful, denoting attempt to be scrupulously fair to all concerned—Standard of review referred to above met—Appeal dismissed.

ENOCH BAND OF STONY PLAIN INDIANS RESERVE NO. 135 v. CANADA (T-2330-75, Campbell J., order dated 26/7/96, 4 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Security for costs—Motion to set aside order that plaintiff post security for costs on ground unable to do so and motion for permission to file fresh evidence on appeal of Prothonotary's order—Plaintiff should be allowed to produce fresh evidence—Motion to set aside dismissed—R. 1014 not applicable as plaintiff not seaman and not suing for wages but for damages—No merit to allegation plaintiff impecunious—Fact action commenced in 1993 and security for costs heard in 1996 irrelevant as "delay" not out of ordinary and, more importantly, no evidence plaintiff suffered any prejudice—No error in Prothonotary's decision—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 446, 1014.

FERGUSON v. ARCTIC TRANSPORTATION LTD. (T-1941-93, Teitelbaum J., order dated 9/8/96, 11 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motion to strike from pleadings names of two scientists listed as inventors on basis of: (1) R. 419; and (2) issue estoppel—Pleadings submitted by Apotex and Novopharm alleging Wellcome Inc. scientists not making invention; however, subsequent admissions by Apotex and Novopharm recognizing two Wellcome scientists also inventors—Positive finding of admission—Appropriate naming of inventors constituting material allegation capable of rendering patent invalid and must be determined at trial—Possibility of wilful or misleading misnaming of inventor relevant issues not to be decided during pre-trial motion—Pleadings not clearly meeting R. 419 criteria; motion to strike based on R. 419 denied—Wellcome also submitting allegation of inventorship to be estopped on basis issue clearly decided in U.S.A.—Inventorship issue not to be estopped as American courts not hearing evidence from scientists-at-issue named by Apotex and Novopharm facing strong case of solicitor-

PATENTS—Concluded

client cost if, as in U.S.A., Court finding no legally sufficient evidentiary basis of any inventive contribution from Apotex and Novopharm scientists—Wording of American claims and Canadian claim different—Issues under American patent law and Canadian patent law different: reasonable basis for sound prediction not legally relevant in U.S.A. but relevant in Canada (*Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108)—Motion to strike on basis of issue estoppel denied—Wellcome also submitting new use for purposes of medical treatment of known substance cannot be claimed as invention (*Tennessee Eastman v. Commission of Patents*, [1974] S.C.R. 111)—Whether patent "invention" important element of attack to validity of patent to be decided at trial; whether patent method of treatment claim factual question to be decided at trial—Case at bar distinguished from *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.), holding fact ingredients of formulation of patent well-known having no bearing on validity of invention, on grounds compound claims not embodied in same patent; thus issue whether formulation can be claimed in absence of corresponding compound claim remaining open for trial judge—Lone fact scientists collecting experimental data insufficient to suggest inventorship—Twofold test applied with regards to allowing pleadings: (1) should assist in determination of real questions in controversy; and (2) will create no prejudice to opposing party with respect to discovery or amendment of preparation for trial—Amendments allowed in part—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, T-2983-93, T-2624-91, Tremblay-Lamer J., order dated 13/5/96, 26 pp.)

PRACTICE

Discontinuance—Motion to set aside purported discontinuance—Plaintiff filing discontinuance after filing reply to statement of defence—R. 406(1) permitting plaintiff to discontinue action after service of defence before taking any other proceeding, and thereupon shall pay defendant's costs—R. 406(3) requiring leave to discontinue action, except as otherwise provided—Wetston J. issuing direction "any other proceeding" in R. 406 not including filing of reply; leave not required—Whether matter *res judicata* and Wetston J.'s order final—Whether plaintiff entitled to discontinue action without leave after filing reply to statement of defence—Application allowed—Judicial decision essential for *res judicata* to apply—Direction issued by Wetston J. not judicial decision as not finally determining rights of parties—R. 406(1) permitting filing of discontinuance without leave only when plaintiff taking no steps after service of defendant's defence—Reply and joinder of issue "any other proceeding"—Discontinuance, as opposed to dismissal, permitting plaintiff to litigate issues again—R. 406 designed to give Court power to limit that right once

PRACTICE—Continued

issues crystallized by close of pleadings—Conclusion supported by dictionary definitions of “proceeding”—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 406.

DRAPEAU V. CANADA (T-1879-93, Richard J., order dated 26/8/96, 8 pp.)

Plaintiffs applying for order requiring all copies of seized books, records, documents or things and all summaries, notes or extracts therefrom in defendants’ control or possession be impounded and kept in sealed boxes until final disposition of action—Defendant applying for order striking Department of National Revenue employees, Attorney General, Minister of National Revenue from statement of claim as defendants, and for order striking paragraphs 22(f), (g) and (h) from statement of claim—Following audits of plaintiff corporations, Department of National Revenue employee swearing to information to obtain search warrants alleging reasonable and probable grounds to believe plaintiffs’ documents would provide evidence of commission of violations of Income Tax Act—Search warrants issued, executed—Documents eventually returned to plaintiffs pursuant to Court order, though Department retained copies of all documents—Plaintiffs alleging search warrants should be declared of no force or effect as based on mischaracterization of various transactions—Alleging abuse of power, breach of Minister’s duty to act fairly, search warrants not meeting minimal standards of specificity—Submitting allowing defendants to keep, review documents continuing invasion of privacy—(1) Plaintiffs’ application dismissed—Plaintiffs relying on R. 470, permitting Court to order detention of property that is subject-matter of action—Purpose of R. 470 preservation of goods or property which are subject-matter of suit—No need to ensure preservation of property herein because already returned to plaintiffs pursuant to Court order—Criminal Code, s. 490 at relevant time permitting Attorney General to copy document before returning it; certified true copies admissible in evidence—Plaintiffs seeking order in nature of stay—Harm compensable in damages or other relief, not irreparable—(2) Individual defendants should be removed as parties defendants—Court lacking jurisdiction to determine personal claims against them as individuals, because claims grounded in law of tort, not in federal law—Neither Criminal Code nor Income Tax Act essential to disposition of claims against individual defendants—Names of individuals not struck from paragraphs of statement of claim where plaintiffs setting out facts on which intending to rely in support of claim to relief, even though individuals no longer defendants in action—Attorney General, Minister of National Revenue struck as defendants because unnecessary parties to action—Federal Court Act, s. 48 requiring Her Majesty be named as defendant—Redundant to name Attorney General, MNR—Where no claim against defendants in personal capacity, no basis for including them as defend-

PRACTICE—Continued

ants—Plaintiffs’ right to cross-examine in discovery limited to party defendants in sense of one defending against order or judgment sought against named party—In so far as Crown defendant as result of activities of officers or servants purporting to act within scope of lawful duties, plaintiff may cross-examine upon discovery only officer(s) named by Crown as its representative—Unnecessary for Attorney General, Minister to individually bring applications to be removed as parties where no jurisdiction over claims against Minister in personal capacity—Sufficient if Queen as defendant initiates application for removal of parties improperly impleaded—Paragraphs 22(f), (g) and (h) of the statement of claim, seeking declarations defendants must return papers, copies, notes, and not to use them, not struck—Whether relief sought in reality declaration, or order of *mandamus* or injunction depending on argument, form of declaratory relief sought at trial—R. 1723 providing no action open to objection on ground merely declaratory judgment or order sought, and Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief claimed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 470, 1723—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 48—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 490 (as am by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 73).

MANDATE ERECTORS AND WELDING LTD. V. CANADA (T-1978-95, MacKay J., order dated 28/8/96, 12 pp.)

EVIDENCE

Commission Evidence

Application to allow *de bene esse* evidence of Captain Pollock, master of assist tug *J.R. Hodder* when bundle boom tow, in tow of plaintiff’s tug, did damage during transit of Marpole Railway Bridge—Counsel not advising clients of trial date—Captain Pollock leaving August 21 for England where to be wed October 11, then travelling through Europe—Flight booked in May, 1996—Plaintiff’s experts’ reports not available until weeks of August 19, 26 respectively—Federal Court Rules, R. 477(1) providing if any party desirous of having evidence of any person and if owing to expense of taking evidence, or for any other reason convenient so to do, Court may order issue of commission—Application allowed—Application of requirements set out in *Doyle (JC) v. MNR*, [1978] CTC 597 (F.C.T.D.) for issuing commission—(1) Application *bona fide*—Oversight of counsel not detracting from *bona fides*—(2) Whether negligence on part of assist tugs central issue which Court ought to determine—(3) Only Captain Pollock can give material, necessary evidence as to actions of *J.R. Hodder*—(4) Witness cannot reasonably be examined within jurisdiction—Apart from stress of disrupted wedding, honeymoon plans, more cost effective, convenient to take evidence at this time, particularly as examination, cross-examination

PRACTICE—Continued

transcribed, preserved on videotape—Must also consider whether evidence *de bene esse* necessary for purposes of justice, and in interest of all parties—No prejudice to plaintiff—Quite usual to examine masters, crew members on short notice, plaintiff already having substantial examination for discovery—Could obtain gist of expert's evidence as to what Captain Pollock did or did not do correctly—Second expert's report on river currents outside area of Captain Pollock's evidence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 477.

RIVERSIDE TOWING LTD. v. HODDER TUGBOAT CO. LTD. (T-1107-95, Hargrave P., order dated 15/8/96, 6 pp.)

PARTIES*Intervention*

Application for leave to intervene in application for judicial review brought by Brigadier-General Beno—Applicant, Brigadier-General Robert G. Meating, commander of Canadian Mechanized Brigade Group stationed at Calgary—Beno brought application before Somalia Inquiry seeking to disqualify Chairperson from continuing to act on ground Chairperson's actions had created apprehension of bias—Commission finding Meating conspired to influence Commission's chairperson—Main matter before Court application for judicial review—Applicant's evidence part of record before Court—Criteria set out in *Rothmans, Benson and Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 84 (T.D.) not met—Meating not directly affected by outcome of Beno's application for judicial review—No justiciable issue concerning proposed intervenor—Other reasonable or efficient means to submit question to Court available—Meating's interests adequately defended by Beno's application—Interests of justice not better served by intervention—Court can decide case on merits without proposed intervenor since applicant's evidence already part of record before Court—Applicant witness to proceeding, disagreeing with interpretation placed on evidence—Application dismissed.

BENO v. CANADA (COMMISSIONER AND CHAIRPERSON, SOMALIA INQUIRY) (T-1311-96, Cullen J., order dated 28/8/96, 5 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Patents—Infringement—Application for order striking out defendants' statement of defence or for particulars—Patent for mobile weighing system—Plaintiff seeking declaration patent valid and infringed by defendants; and interlocutory

PRACTICE—Concluded

and permanent injunctions restraining defendants from infringing patent—Entire statement of defence suffering from defendants' failure to conform with R. 413 (party pleading to pleading of another party must admit, plead lack of knowledge of or deny allegations of fact)—Not plain and obvious statement of defence, although defective, disclosing no reasonable defence—Not so defective should be struck—Not so immaterial, frivolous or abusive as to be clearly futile—Paragraph 4 of statement of defence irrelevant, prejudicial, vexatious and without foundation, therefore, ordered struck—Plaintiff's motive in bringing action irrelevant—Paragraphs 5 and 6 struck and leave to amend granted: issues raised therein must be narrowed, must be linked to allegations raised in statement of claim, to clarify intent of paragraphs—Particulars ordered provided with respect to paragraph 7 as inadequate: simply raising question of law without support of material facts on which conclusion based—Particulars also ordered with respect to paragraphs 8 to 10 as too broadly stated for plaintiff to be able to adequately respond—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 413.

NORAC SYSTEMS INTERNATIONAL INC. v. MASSLOAD TECHNOLOGIES INC. (T-1973-95, Nadon J., order dated 28/6/96, 13 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of Adjudicator's decision to deny applicants' grievances under Public Service Staff Relations Act—Grievors employed with Health and Welfare Canada at Whitehorse General Hospital—Hospital transferred to Yukon Hospital Corporation—Adjudicator finding transfer not privatization but devolution within meaning of Work Force Adjustment Directive—Employees therefore not entitled to offer of appointment on indeterminate basis to position in Public Service within headquarters area—Applicants argue only way devolution could have occurred would be if hospital operation transferred to another level of government—On judicial review, Court will accord high degree of deference to Adjudicator's decision interpreting provision of collective agreement—However, Court need not accord deference to interpretation of legislation of general public interest other than constituting statute—In present case, adjudicator obliged to consider and interpret legislative framework governing Corporation and through which hospital transfer effected—Adjudicator's decision must be supportable on evidence—Although legislative framework surrounding transfer tends to show operation transferred to Corporation and not Yukon government, Adjudicator not erring in holding not privatization—Government appoints members of board of trustees, provides funding to Corporation and has power to approve or disapprove Corporation's

PUBLIC SERVICE—Continued

by-laws—Also may intervene in operation of Corporation and has obligation to ensure programs run in accordance with Act—Sufficient indicia of direct state control to warrant conclusion Corporation not “private sector organization”—Application dismissed—Hospital Act, S.Y. 1989-90, c. 13.

REIBIN V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1586-95, Noël J., order dated 10/6/96, 24 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Judicial review of PSC Appeal Board’s decision Deputy Head’s decision to release respondent from position for incompetence should not be acted upon—Respondent employed as psychologist at maximum security federal penitentiary—Performance reports consistently indicating work fully satisfactory or superior—Respondent writing psychological reports instrumental in securing early release of inmate who murdered a police officer while on parole—Treated, prepared psychological report to NPB on another convict who committed murder while on day parole—After reviewing report of independent psychologists, inviting comments from respondent, Warden concluding incompetent, recommending release—Board allowing appeal on ground Department failed to give respondent prior notice performance unsatisfactory and would be released if performance not improving—Application allowed—Although high degree of deference accorded Appeal Board in relation to questions of fact, only some degree of deference accorded with respect to questions of law as interpretation of legislation not within expertise of Appeal Board, no statutory right of appeal of Appeal Board’s decision which would allow Court to substitute its opinion for that of Appeal Board, no privative clause insulating Appeal Board’s decision from review—Interpretation, application of case law concerning Public Service Employment Act, s. 31 at issue—According to *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444 (C.A.) presumption of competence if employee performing same duties for several years, consistently receiving satisfactory performance reports, not subject of any serious criticism by employer—Where such presumption exists, absent unusual or urgent circumstances, employer cannot dismiss employee for incompetence without giving warning reciting mistakes made, providing opportunity to correct them, indicating risk of dismissal if not corrected—Despite finding respondent posing danger to inmates, public, Appeal Board finding no unusual or urgent circumstances to disentitle respondent to warning because

PUBLIC SERVICE—Concluded

(a) respondent could have been monitored by superiors or colleagues during notice period; (b) NPB could have been warned to be cautious with his reports—Finding not supported by evidence indicating superiors not qualified to monitor respondent’s psychological services during notice period, insufficient resources to provide colleague to monitor respondent’s work—Also evidence indicating some NPB members having no training in psychology, respondent’s psychological reports given significant weight by NPB—NPB should be provided with sound psychological report prepared in competent manner by reliable psychologist—Because Board’s findings concerning monitoring constituting erroneous finding of fact, finding absence of urgent circumstances unfounded—Appeal Board’s finding no unusual or urgent circumstances gross error made without regard to totality of material before it, i.e. reviewable error—Matter referred back to Appeal Board with direction respondent’s appeal be dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ROGERVILLE (T-2141-94, Heald D.J., order dated 19/7/96, 15 pp.)

Application for judicial review of Adjudicator’s decision without jurisdiction to consider applicant’s grievance on ground grievance extended beyond confines of Public Service Staff Relations Act—Applicant public servant with Department of National Defence for over 28 years—Convicted of two separate indictable offences and sentenced to five years and thirty days in correctional institution—Subsequently, employment terminated retroactively pursuant to Criminal Code, s. 748—Adjudicator held s. 748 resulted in automatic termination of employment, therefore without jurisdiction to hear grievance—Application dismissed—Applicant’s employment as public servant automatically terminated—Applicant should not be able to hold open position by way of extended leave of absence, pending his release from prison—Contrary to intent of Criminal Code provision and patently unfair for replacement employee—Both employer and adjudicator left without discretion in matter, since established mechanism for dismissal in Federal Public Service not engaged, no termination action having been taken by respondent—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 748 (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 12; 1995, c. 22, s. 6)—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

FOSTER V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1323-95, Joyal J., order dated 20/8/96, 10 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

BREVETS

PRATIQUE

Requête visant à faire radier des plaidoiries le nom de deux scientifiques désignés comme inventeurs, sur le fondement (1) de la Règle 419 et (2) de la chose jugée—Selon les plaidoiries soumises par Apotex et Novopharm, les scientifiques travaillant pour Wellcome ne sont pas les auteurs de l'invention; toutefois Apotex et Novopharm ont admis subséquemment que deux scientifiques de Wellcome ont contribué à l'invention—Il y a effectivement eu aveu—La désignation correcte des inventeurs constitue une allégation importante susceptible d'invalider un brevet et constitue une question sérieuse qui doit être tranchée à l'instruction—La possibilité que la désignation erronée de l'inventeur ait été faite délibérément ou dans le but d'induire en erreur constitue une question pertinente qu'il n'y pas lieu de trancher dans le cadre d'une requête préliminaire—Il n'est pas clair que les plaidoiries satisfont aux critères de la Règle 419; requête en radiation fondée sur la Règle 419 rejetée—Wellcome invoque également l'irrecevabilité de l'allégation portant sur la paternité de l'invention au motif que la question en litige a manifestement été tranchée aux E.-U.—La question de la paternité de l'invention n'est pas chose jugée car les tribunaux américains n'ont jamais entendu le témoignage des scientifiques en cause désignés par Apotex et Novopharm dans leur allégation de paternité—Toutefois, Apotex et Novopharm courent un grand risque d'avoir à payer des dépens sur la base procureur-client s'il est jugé, comme aux États-Unis, qu'il n'existe aucun fondement de preuve suffisant en droit quant à une contribution inventive de la part des scientifiques à leur emploi—Le libellé des revendications américaines et canadiennes diffère—Les questions visées par le droit des brevets aux États-Unis ne sont pas les mêmes qu'au Canada: le fondement raisonnable pour une prévision sûre n'est pas légalement pertinent aux E.-U. contrairement au Canada (*Monsanto Company c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108)—La requête en radiation fondée sur le principe de la chose jugée est rejetée—Wellcome prétend également que l'usage nouveau d'une substance connue à des fins de traitement médical ne peut être revendiqué à titre d'invention (*Tennessee Eastman c. Commissaire des brevets*, [1974]

BREVETS—Suite

R.C.S. 111)—La question de savoir si le brevet en cause constitue ou non une «invention» est un élément important de la contestation de la validité du brevet, et une question qui doit être tranchée au procès; la question de savoir si le brevet consiste en la revendication d'une méthode de traitement est de nature factuelle, et elle devrait être tranchée au procès—La présente espèce doit être distinguée de la décision *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.), où on a statué que le fait que les ingrédients de la préparation visée par le brevet soient bien connus n'a aucune incidence sur la validité de l'invention, au motif que les revendications concernant le composé ne font pas partie du même brevet; la question se pose toujours au juge du procès: peut-on revendiquer une composition lorsqu'il n'existe aucune revendication correspondante relative au composé?—Le seul fait que des scientifiques ont recueilli des données expérimentales est insuffisant pour laisser croire à la paternité de l'invention—Le critère applicable à l'autorisation d'amender des plaidoiries comporte deux volets: 1) l'amendement devrait aider à déterminer les véritables questions opposant les parties; 2) il ne porte pas préjudice aux défenderesses en ce qui concerne la communication préalable ou la préparation au procès—Amendements autorisés en partie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD.
(T-3197-90, T-2983-93, T-2624-91, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 13-5-96, 29 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Compétence de la Cour fédérale

Compétence de donner une instruction particulière et exercice correct du pouvoir discrétionnaire—Demande en vue d'obtenir une ordonnance demandant à la SSR de la CISR de déclarer que la requérante est une réfugiée au sens de la Convention—La requérante est une ancienne résidente

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de Cuba et de l'Ukraine—La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a exigé de la requérante qu'elle démontre une crainte fondée de persécution à l'égard de ses deux pays de résidence habituelle antérieure—Requête accueillie—En conformité avec la décision *Ali c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 76 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a, à l'instar de la Cour d'appel, le pouvoir de renvoyer les dossiers avec des instructions si particulières qu'elle préjuge de la décision de la Commission en vertu de l'art. 18.1(3)b) de la Loi sur la Cour fédérale—Compte tenu des ressources publiques limitées, il semble pratique d'interpréter cet alinéa comme autorisant la formulation d'instructions qui éviteront des nouvelles auditions, dans les cas appropriés—Quant à la prétention de l'intimé que la Commission a pu commettre une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que la requérante était apatride, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire dans le contexte de la décision de la Commission et ne s'est pas immiscée dans cette décision sur des questions qui ne sont pas liées à l'erreur soulevée en contrôle judiciaire—La Commission a reçu l'ordre de déclarer que la requérante est une réfugiée au sens de la Convention—Question certifiée: la Section de première instance a-t-elle le pouvoir d'obliger la SSR à déclarer qu'un requérant est un réfugié au sens de la Convention, conformément à l'art. 18.1(3)b) de la Loi sur la Cour fédérale?—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

TURANSKAYA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-166-95, juge Simpson, ordonnance en date du 18-4-96, 5 p.)

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes non admissibles

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre a ordonné l'expulsion du requérant, ayant conclu qu'il était une personne visée à l'art. 27(2)a) de la Loi sur l'immigration—La question se pose de savoir si l'arrêt *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 410 (C.A.) s'applique aux faits de l'espèce—Le requérant a demandé la résidence permanente, et il a été parrainé par sa femme, citoyenne canadienne—La demande a été approuvée en principe et il fallait attendre la dispense de la condition posée par l'art. 9(1), savoir que tout immigrant doit demander et obtenir un visa avant d'entrer au pays—Le requérant a été accusé de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants avant qu'une décision officielle n'ait été rendue—La demande n'a pas suivi son cours avant qu'il ne soit statué sur les poursuites criminelles—Le requérant a été déclaré coupable et a été condamné à sept ans d'emprisonnement—Le requérant est devenu membre de la catégorie des personnes non admissibles, et on a ordonné son expulsion—L'arrêt *Dass* exige que des décisions soient formulées et communiquées aux parties concernées avant

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

qu'on ne demande le contrôle judiciaire—La communication orale de félicitations ne constitue pas une décision formelle—Demande de *certiorari* rejetée—Le requérant a toutefois droit à une décision définitive sur la demande de droit d'établissement—Aucune décision n'a été communiquée au requérant de façon définitive—Une ordonnance de *mandamus* sera rendue pour enjoindre à l'intimé de prendre une décision sur la demande de droit d'établissement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 27(2)a) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 5).

MUIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2875-95, juge McKeown, ordonnance en date du 31-5-96, 6 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de la CISR n'a pas rouvert la décision portant annulation du sursis d'exécution de la mesure de renvoi—1) Il s'agit de déterminer le critère approprié de la réouverture devant la section d'appel: (i) est-il raisonnablement possible que la décision initiale de la section d'appel puisse être modifiée compte tenu des éléments de preuve présentés dans la requête interjetant appel? ou (ii) les nouveaux éléments de preuve, lorsqu'on les examine dans le contexte de l'ensemble de la preuve, doivent-ils être tels qu'il serait probable qu'ils persuadent la section d'appel de modifier sa décision de rejeter l'appel?—Le requérant prétend que la section d'appel a à tort appliqué le second critère, c'est-à-dire le critère plus élevé—Demande rejetée—La section d'appel a appliqué le premier critère, c'est-à-dire le critère inférieur, bien qu'elle estime subsidiairement que le second critère est le critère approprié de la réouverture—2) La section d'appel a estimé que les opinions d'expert n'étaient pas d'une assistance appréciable pour elle à l'égard des questions relevant de sa propre compétence et de sa propre connaissance, mais elle a considéré toute la preuve d'expert comme admissible, et elle a examiné, évalué et soupesé celle-ci—Étant donné le traitement réservé par le tribunal à la preuve d'expert, son point de vue sur la question de savoir si la preuve d'expert est requise à l'égard de certaines questions est une opinion incidente—La question de savoir s'il y a erreur quant à la nécessité du témoignage d'expert sur certaines questions n'a pas à être tranchée à l'occasion du contrôle judiciaire—3) La demande de réouverture doit être tranchée sommairement—Seules les affaires qui se révèlent à l'occasion de la réouverture doivent être mentionnées aux fins d'un réexamen entier—Bien qu'il soit inhabituel et inutile pour la section d'appel d'étudier à fond les éléments de preuve à l'occasion d'une demande de réouverture, elle a le droit de le faire: *Harding c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] C.F. 1153 (C.A.); *Fogel c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1975] C.F. 121 (C.A.)—Question certifiée: En

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

décidant s'il y a lieu de rouvrir les procédures, la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut-elle soupeser, examiner et évaluer les éléments de preuve?

MARTIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3222-95, juge Rothstein, ordonnance en date du 5-7-96, 7 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de certification de la question suivante: L'absence de droits en matière de procédure dans un procès criminel où la peine de mort peut être prononcée vaut-elle persécution au sens de la définition de réfugié au sens de la Convention?—L'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration n'autorise à certifier que «les questions graves de portée générale»—La question à certifier doit servir à trancher l'appel—Une loi ordinaire d'application générale doit être présumée valide et neutre jusqu'à ce que le demandeur prouve qu'elle constitue une mesure de persécution—La réponse à la question proposée ne permet pas de trancher l'appel—Le requérant, schizophrène, est hospitalisé au Queen Street Mental Health Centre à Toronto—Il avait été acquitté, pour cause d'aliénation mentale, du meurtre d'un collègue—Rien ne prouve que la procédure pénale observée en Chine soit différente des lois ordinaires d'application générale—Aucun argument pour réfuter la présomption de validité et de neutralité—Requête rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5159-94, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-7-96, 2 p.)

Demande de suspension d'instance pour cause d'emploi abusif de procédures—Les plaidoiries relatives au contrôle judiciaire ont pris fin, et le juge en chef adjoint a remis le prononcé du jugement—Le 1^{er} mars 1996, le juge en chef de la Cour fédérale et le sous-procureur général adjoint du ministère de la Justice ont tenu une réunion portant sur l'avancement de certaines causes dont la Cour était saisie—L'intimé sollicite une suspension de l'instance au motif que les mesures prises par le sous-procureur général adjoint et le juge en chef constituaient une violation de l'indépendance de la Cour et, de ce fait, un emploi abusif des procédures judiciaires—Il n'a jamais été question de la présente affaire à la réunion du sous-procureur général adjoint et du juge en chef—La présentation des preuves et des plaidoiries avait pris fin en l'espèce, à l'égard de laquelle le juge en chef adjoint avait remis le prononcé de la décision—En l'espèce, les procédures sont tout à fait différentes des affaires de révocation de la citoyenneté—La présente affaire est simplement une demande de contrôle judiciaire d'une décision préliminaire de l'arbitre quant à la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

façon exacte d'interpréter et d'appliquer l'art. 123 de la Loi sur l'immigration—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 123.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. NEMSILA (IMM-2008-95, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-7-96, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a jugé que le requérant ne faisait pas partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (la catégorie des revendicateurs éconduits)—Le requérant a été informé de cette décision par une lettre d'accompagnement à laquelle étaient joints les motifs de la décision—La lettre d'accompagnement affirmait à tort que le requérant était retourné en Iran et déclarait, également à tort, qu'il avait été déterminé que le requérant était un revendicateur éconduit—Il n'était nulle part question d'un retour en Iran—Erreur manifeste—En revanche, les motifs ne contenaient aucune contradiction interne et déclaraient clairement que le requérant ne faisait pas partie de la catégorie des revendicateurs éconduits—Dans son affidavit, l'agent a expliqué qu'il avait par erreur imprimé la mauvaise lettre à partir de son ordinateur—Distinction faite avec l'affaire *Timbo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. F-48 (1^{re} inst.), malgré le fait que la situation de fait soit analogue—En l'espèce, il est évident qu'une erreur a été commise—Cette erreur ressortait à l'évidence de la lettre—Le requérant ne peut bénéficier d'une erreur technique d'écriture manifeste—L'art. 18.1(5) de la Loi sur la Cour fédérale s'applique en l'espèce—La demande est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(5) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BASTANFAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3061-95, juge Simpson, ordonnance en date du 22-4-96, 3 p.)

Demande de sursis d'exécution de la mesure d'expulsion fondée sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision contestée auprès de la section d'appel (tribunal) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—L'intimé a exprimé l'opinion, en vertu de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration, que le requérant constituait un danger pour le public au Canada—L'art. 70(5) interdit au requérant d'interjeter appel auprès du tribunal—L'art. 70(5) s'applique à l'appel du requérant en vertu d'une disposition transitoire—L'art. 49(1)b) de la Loi prévoit qu'il est sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi, dont une mesure d'expulsion, en cas d'appel pendant devant le tribunal à l'encontre de la mesure—La question de savoir si l'opinion du ministre visée à l'art. 70(5) de la Loi relativement au danger que constitue le requérant supprime le sursis statutaire découlant de l'art. 49(1)b), lorsque la disposition transitoire s'applique, constitue une question

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

grave à trancher—Le sursis statutaire est supprimé lorsque le tribunal a «rendu sa décision» ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel—La prépondérance des inconvénients favorise le sursis d'exécution de la mesure d'expulsion dans les circonstances où le jugement d'une question grave à l'encontre de l'intimé rendrait ce dernier coupable d'une violation de la loi—Aucun attachement majeur du requérant au Canada si ce n'est par l'écoulement du temps—Aucun fondement permettant de conclure que le requérant subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé du Canada—Rejet de la demande—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 49(1*b*) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41), 70(5) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

SILVA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2450-96, juge Gibson, ordonnance en date du 15-8-96, 7 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Demande de bref de *mandamus* à l'égard des demandes de citoyenneté—En 1986, la requérante et son mari ont signé une demande commune de résidence permanente contenant de fausses déclarations importantes concernant les condamnations au criminel de l'époux, son association avec des organismes politiques et ses antécédents de travail—Le mari a été jugé non admissible au Canada, mais il n'a pas encore été renvoyé parce qu'il a revendiqué le statut de réfugié—La requérante a demandé la citoyenneté canadienne en 1990 pour elle-même et les trois requérants mineurs—Le juge de la citoyenneté a indiqué que la requérante semblait être admissible, mais elle n'a pas été invitée à une cérémonie de prestation du serment d'allégeance—L'octroi de la citoyenneté a été retardé jusqu'à ce qu'il puisse être déterminé si le mari a fait des fausses déclarations—La requérante étant cosignataire de la demande de résidence permanente, elle atteste de la sorte l'exactitude des renseignements figurant sur la demande—Le ministre ne peut rendre la décision nécessaire concernant l'effet de l'art. 5*c*) de la Loi sur la citoyenneté avant l'issue de la demande du statut de réfugié—L'art. 10 prévoit la révocation de la citoyenneté si elle a été acquise par fausse déclaration dans le cadre de la demande de résidence permanente—Il est plus logique que le ministre fasse d'abord enquête sur ce que l'on soupçonne être de fausses déclarations avant d'accorder la citoyenneté plutôt que de s'exposer à la procédure extrêmement complexe évoquée à l'art. 18—La demande est ajournée *sine die*—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5, 10, 18.

KHALIL C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (T-2179-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 20-8-96, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Refugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision dans laquelle il a été conclu que les requérants ne faisaient pas partie de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC)—Les requérants sont citoyens israéliens en vertu de la loi du retour—Ils sont des anciens résidents de l'Ukraine, mais ils ont renoncé à la citoyenneté soviétique avant que l'Ukraine n'ait obtenu son indépendance—La citoyenneté israélienne a été obtenue au moyen de fausses déclarations; le principal requérant fait face à de graves accusations criminelles découlant de son ancien service au KGB en Ukraine—Revendications du statut de réfugié au sens de la Convention rejetées—Alors qu'ils se trouvent au Canada, les requérants demandent l'autorisation de solliciter le droit d'établissement en tant que membres de la catégorie des DNRSRC—L'appartenance à cette catégorie est définie comme celle d'un immigrant qui, s'il est renvoyé, s'exposerait à un risque objectivement identifiable pour sa vie, à des sanctions excessives ou à un traitement inhumain—Le tribunal a accepté l'évaluation d'expert de la SSR, notant qu'il existait insuffisamment d'éléments de preuve pour étayer les affirmations et qu'il n'existait aucune preuve que le renvoi d'Israël aurait lieu—Les requérants prétendent que le tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon manifestement déraisonnable en ce qu'il n'a pas répondu à l'offre de leur avocat de fournir d'autres documents pour étayer la crainte des requérants selon laquelle, dans l'éventualité de leur retour en Israël, ils seraient dépouillés de leur citoyenneté et expulsés vers l'Ukraine où le principal requérant s'exposerait à des sanctions excessives, probablement à un traitement inhumain—Demande rejetée—Il appartient aux requérants d'établir le bien-fondé de leur cause—Il n'incombe pas au tribunal de demander d'autres documents—Aucune erreur susceptible de contrôle dans l'omission de répondre à la lettre de l'avocat—Il est loisible au tribunal d'examiner la décision de la SSR pour rendre sa décision—Les requérants soumettent cinq questions avec de multiples sous-questions aux fins de certification—Le principe général établi par l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration est que les décisions de la Section de première instance à l'occasion des demandes de contrôle judiciaire de décisions ou d'ordonnances rendues en vertu de la Loi sur l'immigration ne sont pas sujettes à appel devant la Cour d'appel fédérale—Le processus de certification est une exception—Ce processus ne devrait pas être utilisé pour contourner la règle générale—Son utilisation devrait plutôt être restreinte à des circonstances où une question particulière qui est à la fois grave et de portée générale et qui est aussi déterminante quant à l'issue d'un appel est relevée—En l'espèce, l'avocate recommande la certification des questions couvrant toute la gamme des questions articulées devant la Section de première instance—Au moins, certaines de ces questions se rapportent à des cas particuliers et ne transcendent pas les intérêts des parties—Beaucoup d'entre elles n'abordent pas des questions

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale—Certaines soulèvent des points qui sont bien tranchés en droit—Essentiellement, l'avocate tente de contourner la règle générale établie par l'art. 83(1) et de rouvrir la totalité de l'affaire comme si c'était un droit d'appel sans entrave, pratiquement de la nature d'un nouveau procès—Aucune question n'est certifiée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2 (mod. par DORS/93-44, art. 1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

SAMOYLENKO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1340-95, IMM-1341-95, IMM-1342-95, IMM-1344-95, juge Gibson, ordonnance en date du 5-7-96, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention, du fait qu'il y a des raisons sérieuses de croire qu'il a commis un crime contre l'humanité—Le requérant, citoyen de la Somalie, appartient au clan Marehan—En juin 1988, il s'engagea dans la police militaire connue sous le nom de «Bérets rouges»—En janvier 1991, le gouvernement de Siyad Barré est renversé et l'United Somali Congress se proclame gouvernement—Le requérant est arrêté par des soldats Hawiye, torturé et menacé à plusieurs reprises—Il s'enfuit au Kenya puis arrive au Canada le 21 mai 1994—Il revendique le statut de réfugié au sens de la Convention en arguant de sa crainte d'être persécuté du fait de sa race et de son appartenance à un certain groupe social—Le tribunal a jugé que le requérant n'était pas fondé à craindre la persécution dans la région de Gedo en Somalie, qui est sous contrôle du clan Marehan, s'il devait y retourner—Le tribunal conclut que le requérant était au courant et était complice des crimes commis contre l'humanité par les Bérets rouges—Le tribunal n'a pas tiré une conclusion de fait abusive ou capricieuse en décidant que le requérant avait une possibilité de refuge intérieur dans la région de Gedo—Le défaut de considérer l'applicabilité du paragraphe 2(3) de la Loi sur l'immigration est une erreur susceptible de contrôle judiciaire qui justifierait normalement le renvoi de l'affaire au tribunal pour nouvelle instruction, à moins que le requérant ne soit exclu du statut de réfugié au sens de la Convention des Nations Unies par application de son art. 1Fa)—La locution «raisons sérieuses de penser» figurant à l'art. 1Fa) implique une norme de preuve moins rigoureuse que la prépondérance des probabilités—Le tribunal n'a pas commis une erreur en concluant que le requérant était exclu du statut de réfugié par application de l'art. 1Fa)—Les Bérets rouges étaient une «unité d'élite épouvantable» responsable d'une grande variété de violations des droits de la personne, dont les tortures et les massacres de civils—Le tribunal était fondé à conclure que le requérant partageait un objectif commun avec les Bérets rouges et qu'il connaissait les fins qu'ils poursuivaient—Rien ne justifie l'intervention

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de la Cour à l'égard de la conclusion tirée par le tribunal qu'il est exclu du statut de réfugié par l'effet de l'art. 1Fa)—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.C. n° 6, art. 1Fa).

ADEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2912-95, juge MacKay, ordonnance en date du 14-8-96, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant était un réfugié au sens de la Convention, mais qu'il était exclu en application de l'art. 1F de la Convention des Nations Unies—Le requérant est citoyen irakien et tunisien—Il s'est joint au Mukhabarat, organisation de «police» servant d'armée privée pour Saddam Hussein—En 1980, les membres de l'Al Da'wa auraient tenté d'assassiner Hussein—Le requérant a volontairement identifié les membres de l'Al Da'wa à la police secrète irakienne, travaillant pour le Mukhabarat—La Couronne a l'obligation de démontrer que des crimes contre l'humanité ont été commis—La Commission n'impose pas au requérant l'obligation de combler le vide en matière de preuve—Selon le requérant, sans qu'un mal ait été fait, il ne saurait y avoir de crime contre l'humanité—La Couronne a l'obligation de prouver seulement qu'il y a de sérieuses raisons de considérer que des crimes contre l'humanité ont été commis—Il était raisonnable pour la Commission de conclure que certaines des cibles auraient été exécutées du fait de la conduite du requérant—Il n'existe aucune erreur susceptible de contrôle dans le traitement réservé par la Commission à la question—Définition appropriée de crimes contre l'humanité parlant de crimes, d'actes commis contre «toutes populations civiles»—Le mot «civil» peut être utilisé dans la définition pour importer la notion d'innocence, de statut de non-combattant—La Commission a eu tort de ne pas examiner expressément la question de savoir si les «cibles» étaient des civils au sens de la définition—La Commission doit, dans l'intérêt de la justice, examiner la question de savoir si, du fait seulement de son appartenance au Mukhabarat, le requérant peut être exclu de l'admission au Canada—Demande accueillie—Les sujets suivant doivent être réexaminés par la Commission: 1) Les «cibles» étaient-elles des civils, terme utilisé dans la définition? 2) L'appartenance du requérant au Mukhabarat justifie-t-elle son exclusion? 3) L'implication du requérant dans la vente d'armes justifie-t-elle son exclusion?—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.C. n° 6, Art. 1F.

SUMAIDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-947-92, juge Simpson, J.C.A., ordonnance en date du 14-8-96, 9 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire concernant la décision d'un agent d'immigration refusant les demandes de résidence permanente des requérants et des personnes à leur charge—Les demandes de Grube, Lettonne qui a indiqué qu'elle avait l'intention de s'établir à son compte au Canada en tant que chorégraphe et maîtresse de ballet et de Khachatryan, un Estonien qui a proposé de travailler à titre de professeur de musique et de pianiste à son compte ont été rejetées, sans entrevues, sur le fondement qu'ils ne pouvaient démontrer d'antécédents commerciaux positifs et qu'ils ne pourraient pas contribuer de façon significative à la vie culturelle ou artistique du Canada—Demandes accueillies et renvoi pour nouvel examen, mais les avocats sont incapables de s'entendre sur les directives qui doivent être données sur le nouvel examen des demandes—L'agent des visas n'a pas accordé l'entrevue exigée par le règlement—L'agent des visas a mis trop d'accent sur le manque d'expérience en tant que travailleur autonome—Ce n'est pas le seul critère dont il faut tenir compte, et celui-ci doit être évalué à la lumière de l'occupation que l'immigrant entend exercer au Canada—L'agent des visas a mis trop d'accent sur l'expérience—En outre, l'agent des visas en l'espèce a accordé trop d'importance à l'absence de preuve concernant la réputation internationale de M. Khachatryan—Des ordonnances ont été émises pour que ces demandes de contrôle judiciaire soient accueillies et que les questions soient renvoyées pour nouvelle décision par un agent des visas différent qui examinera tous les facteurs pertinents—L'agent des visas doit tenir compte de tous les éléments de preuve fournis par chacun des requérants sans limiter la nature de la preuve qui peut être fournie par le requérant relativement à ses compétences, ou à son expérience professionnelle ou aux ressources financières (ou à sa réputation internationale ou locale), nécessaires pour établir l'emploi indépendant comme celui envisagé par le requérant.

GRUBE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2484-95, IMM-2532-95, juge MacKay, ordonnances en date du 14-8-96, 14 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Pratique—Requêtes présentées par le demandeur en vue d'obtenir des directives et l'autorisation de modifier sa déclaration—La défenderesse demande la radiation de la déclaration ou, à titre subsidiaire, la mise hors de cause de la défenderesse, la Commission nationale des libérations conditionnelles, ou la radiation de certains paragraphes de la déclaration—La Commission avait révoqué la libération conditionnelle du demandeur—Par suite d'un contrôle

COURONNE—Fin

judiciaire, la révocation a été annulée—Le demandeur a d'abord présenté une action en dommages-intérêts (348 500 \$) par suite de son transfèrement dans un autre pénitencier alors qu'il aurait dû être en liberté conditionnelle—Le demandeur cherche à modifier sa déclaration pour réclamer des dommages-intérêts fondés sur le traumatisme psychologique qu'il a subi lors de la prise d'otages survenue au cours d'une émeute à la prison où il était incarcéré—La modification demandée constitue un droit d'action complètement nouveau et ferait subir aux défendeurs une injustice dont ils ne pourraient être indemnisés par la condamnation du demandeur aux dépens—De plus, le demandeur a laissé onze années s'écouler depuis l'introduction de son action—La requête en modification est rejetée—Quant à la requête en mise hors de cause de la Commission, celle-ci ne constitue pas une entité qui peut être poursuivie en justice (*Oag c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 472 (1^{re} inst.))—La requête en radiation de la déclaration est accueillie, étant donné que Sa Majesté ne peut être tenue responsable s'il n'existe pas de préposé de la Couronne qui peut être tenu responsable du délit reproché—C'est dans la Loi sur la responsabilité de la Couronne que l'on doit chercher la responsabilité de Sa Majesté—La Commission n'est pas un «préposé» de la Couronne au sens de la Loi sur la responsabilité de la Couronne (*McAllister c. La Reine* (1985), 16 Admin. L.R. 294 (C.F. 1^{re} inst.))—Loi sur la responsabilité de la Couronne, L.R.C. (1985), ch. C-38.

LATHAM C. CANADA (T-751-85, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 31-7-96, 7 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre qui a ordonné à la requérante de payer à l'intimé douze mois de salaire et une partie de ses frais extrajudiciaires—Embauché en 1979 comme directeur de l'aéroport exploité par la requérante à St-Irénée, comté de Charlevoix, l'intimé a été suspendu de ses fonctions en février 1994 et congédié un mois plus tard—Estimant qu'il s'agissait d'un congédiement injuste, l'intimé a porté plainte en vertu des art. 240 et ss. du Code canadien du travail—Après avoir forcé la requérante à lui fournir des précisions, l'arbitre a commenté chacun des dix-neuf motifs de congédiement allégués par la requérante—Le Code canadien du travail contient une clause privative qui fait en sorte que l'ordonnance de l'arbitre est définitive—En vertu du principe de la retenue judiciaire, l'intervention de la Cour se limite aux seuls cas de décisions «manifestement déraisonnables»—L'arbitre a conclu que le lien de confiance entre l'employeur et son employé avait été irrémédiablement affecté et, en conséquence, il n'a pas réintégré celui-ci dans ses fonctions—Cette décision était-elle manifestement

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

déraisonnable?—L'arbitre a rejeté plusieurs motifs de congédiement à défaut de preuve, manque de crédibilité des témoins, retard à invoquer les absences de l'intimé ou faute imputable davantage à la requérante qu'à son employé—Quant aux autres motifs, l'arbitre a conclu qu'ils avaient affecté le lien de confiance entre l'employeur et son employé—L'intimé a touché un pot-de-vin de 400\$ à l'occasion de l'octroi d'un contrat d'entretien de la piste d'atterrissage à l'automne 1992—Le geste de l'intimé était blâmable et répréhensible—L'arbitre a reconnu que le lien de confiance avait été affecté au point de rendre impossible la réintégration—Sa décision n'était pas manifestement déraisonnable—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240.

MUNICIPALITÉ RÉGIONALE DE COMTÉ DE CHARLEVOIX-EST C. GUAY (T-1777-95, juge Denault, décision en date du 19-6-96, 8 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Garantie pour les dépens—Requête en vue de faire annuler l'ordonnance obligeant le demandeur à déposer une garantie pour les dépens au motif qu'il n'est pas en mesure de le faire et requête visant à obtenir l'autorisation de déposer de nouveaux éléments de preuve dans l'appel interjeté à l'égard de l'ordonnance du protonotaire—Le demandeur devrait être autorisé à produire de nouveaux éléments de preuve—La requête portant annulation est rejetée—La Règle 1014 ne s'applique pas en l'espèce, étant donné que le demandeur n'est pas un marin et qu'il ne poursuit pas en paiement de son salaire mais en dommages-intérêts—L'allégation selon laquelle le demandeur est impécunieux est sans fondement—Le fait que l'action a été intentée en 1993 et que la demande de garantie pour les dépens a été entendue en 1996 n'est pas pertinent, parce que le «retard» n'était pas hors de l'ordinaire et que, surtout, le demandeur n'a présenté aucun élément de preuve établissant un préjudice—La décision du protonotaire n'est nullement mal fondée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 446, 1014.

FERGUSON C. ARCTIC TRANSPORTATION LTD. (T-1941-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 9-8-96, 12 p.)

FONCTION PUBLIQUE

FIN D'EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision du comité d'appel de la Commission de la fonction publique selon laquelle il ne fallait pas donner suite à la décision de l'administrateur

FONCTION PUBLIQUE—Suite

général de congédier l'intimé pour incompétence—L'intimé est employé à titre de psychologue dans un pénitencier fédéral à sécurité maximale—Les rapports d'évaluation du rendement indiquaient que le travail était soit entièrement satisfaisant, soit de qualité supérieure—L'intimé avait rédigé le rapport psychologique qui a contribué à la remise en liberté anticipée d'un détenu qui a tué un agent de police pendant qu'il était en libération conditionnelle—Un autre détenu, qu'il a traité et dont il a soumis un rapport psychologique à la CNLC, a commis un meurtre pendant qu'il était en semi-liberté—Après avoir analysé le rapport de deux psychologues indépendants et demandé à l'intimé de le commenter, le directeur a conclu qu'il était incompétent et a recommandé que l'intimé soit démis de ses fonctions—Le comité d'appel a accueilli l'appel pour le motif que le Ministère avait omis d'aviser au préalable l'intimé que son rendement était insatisfaisant et qu'il recommanderait son renvoi si son rendement ne s'améliorait pas—Malgré que les décisions que rend le comité d'appel sur des questions de fait ont été considérées avec la plus grande retenue, seul un certain degré de retenue a été accordé en ce qui a trait aux questions de droit, car l'interprétation de la loi ne relève pas de l'expertise du comité d'appel, la loi ne prévoit aucun droit d'appel de la décision du comité d'appel qui permettrait à la Cour de substituer son opinion à celle du comité d'appel, il n'existe pas de clause privative protégeant la décision du comité d'appel contre le contrôle judiciaire—Pour l'interprétation de l'art. 31, application de la jurisprudence concernant la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Selon l'arrêt *Dansereau c. Canada (Président d'un comité d'appel, Loi sur l'emploi dans la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444 (C.A.) il se dégage une présomption de compétence lorsqu'un employé a exercé les mêmes fonctions pendant plusieurs années, reçoit de façon constante des rapports de rendement satisfaisants, n'est l'objet d'aucune critique sérieuse de la part de son employeur—S'il y a une telle présomption, sauf circonstances extraordinaires ou pressantes, l'employeur ne saurait congédier l'employé pour cause d'incompétence, à moins qu'il ne l'ait informé des lacunes qui lui sont reprochées, qu'il ne lui ait donné la possibilité de les corriger, qu'il ne lui ait indiqué les dangers de congédiement auxquels il s'exposait s'il ne les corrigeait pas—Malgré la conclusion selon laquelle l'intimé constituait un danger pour les détenus, le comité d'appel a conclu à l'inexistence de circonstances extraordinaires ou pressantes privant l'intimé du droit à un avertissement parce que: a) l'intimé aurait pu être surveillé par ses supérieurs ou ses collègues pendant la période de préavis, et b) la CNLC aurait pu être mise en garde contre ses rapports—La conclusion n'est pas étayée par la preuve indiquant que les supérieurs n'étaient pas compétents pour surveiller les services psychologiques fournis par l'intimé pendant la période d'avis, que les ressources étaient insuffisantes pour permettre à un collègue de surveiller le travail de l'intimé—De plus, la preuve indiquait que certains membres de la CNLC n'avaient

FONCTION PUBLIQUE—Suite

aucune formation en psychologie et que la CNLC accordait un poids important aux rapports psychologiques de l'intimé—La CNLC devrait recevoir un rapport psychologique solide préparé avec compétence par un psychologue fiable—Étant donné que les conclusions du comité d'appel en ce qui concerne la surveillance constituaient une conclusion de fait erronée, ses conclusions portant sur l'inexistence de circonstances pressantes en l'espèce sont dénuées de fondement—La conclusion du comité d'appel portant sur l'inexistence de circonstances extraordinaires ou pressantes était une lourde erreur commise sans égard à l'ensemble des éléments de preuve dont il était saisi, c.-à-d. une erreur susceptible de contrôle judiciaire—L'affaire est renvoyée au comité d'appel accompagnée de la directive qu'il rejette l'appel de l'intimé—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ROGERVILLE (T-2141-94, juge suppléant Heald, ordonnance en date du 19-7-96, 15 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre s'est déclaré incompétent pour connaître du grief du requérant, par ce motif que ce grief débordait du cadre de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Le requérant était pendant plus de 28 ans un fonctionnaire du ministère de la Défense nationale—Il a été condamné pour deux actes criminels distincts à cinq ans et trois mois d'emprisonnement—Subséquentement, il a été mis fin à son emploi rétroactivement par application de l'art. 748 du Code criminel—L'arbitre a conclu que l'art. 748 avait pour effet de mettre fin automatiquement à l'emploi et s'est déclaré incompétent pour connaître du grief—Demande rejetée—L'emploi de fonctionnaire qu'occupait le requérant a pris fin d'office—Il ne faut pas qu'il soit permis au requérant de se réserver le poste au moyen d'un long congé sans solde, en attendant sa remise en liberté—Pareille perspective va à l'encontre de la disposition applicable du Code criminel et est éminemment inique pour l'individu qui le remplace—Ni l'employeur ni l'arbitre ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire en la matière, puisque les mécanismes de renvoi établis dans la fonction publique fédérale n'étaient pas engagés, l'intimé n'ayant pris aucune mesure de cessation d'emploi—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 748 (mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 12; 1995, ch. 22, art. 6)—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

FOSTER C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1323-95, juge Joyal, ordonnance en date du 20-8-96, 10 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre a rejeté les griefs des requérants fondés sur la Loi

FONCTION PUBLIQUE—Fin

sur les relations de travail dans la fonction publique—Les plaignants étaient à l'emploi de Santé et Bien-être Canada à l'Hôpital général de Whitehorse—L'hôpital a été transféré à la Régie des hôpitaux du Yukon—L'arbitre a décidé que le transfert ne constituait pas une privatisation mais une cession au sens de la Directive sur le réaménagement des effectifs—En conséquence, les employés n'ont pas le droit de se faire offrir, pour une période indéterminée, un poste au sein de la fonction publique dans leur zone d'affectation—Les requérants allèguent qu'il aurait pu y avoir cession en l'espèce uniquement si l'exploitation de l'hôpital avait été transférée à un autre palier d'administration—Dans une demande de contrôle judiciaire, la Cour doit faire preuve d'une grande retenue judiciaire à l'égard de la décision dans laquelle un arbitre interprète une clause d'une convention collective—Cependant, la Cour n'est pas tenue de faire preuve de déférence à l'égard de l'interprétation par l'arbitre de lois d'intérêt public général autres que sa loi constitutive—Dans la présente affaire, l'arbitre devait examiner et interpréter le cadre législatif qui s'applique à la Régie et aux termes duquel le transfert de l'hôpital a été effectué—La décision de l'arbitre doit pouvoir être étayée par la preuve—Même si les dispositions législatives concernant le transfert indiquent plutôt que l'exploitation a été transférée à la Régie et non au gouvernement du Yukon, l'arbitre n'a pas commis d'erreur en décidant qu'il ne s'agissait pas d'une privatisation—Le gouvernement désigne les membres du conseil d'administration, fournit du financement à la Régie et a le pouvoir d'approuver ou de désapprouver les règlements administratifs de celle-ci—De plus, il peut intervenir dans le fonctionnement de la Régie et est tenu de veiller à ce que celle-ci applique ses programmes conformément à la Loi—Il existe suffisamment d'indices de contrôle direct de l'État pour conclure que la Régie n'est pas un «organisme du secteur privé»—Demande rejetée—Loi sur les hôpitaux, L.Y. 1989-1990, ch. 13.

REIBIN C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1586-95, juge Noël, ordonnance en date du 10-6-96, 26 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a annulé les nouvelles cotisations émises contre l'intimé pour les cinq années d'imposition 1984 à 1988—Il s'agit de savoir si l'intimé avait le droit de déduire un montant de 385 802 \$ (dommages, intérêts, dépens et frais légaux) à titre de perte d'entreprise dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1987, et de reporter ensuite la partie de la perte non déduite en 1987 sur les autres années en cause—L'intimé a commencé, en 1976, à faire du courtage

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

immobilier à son propre compte—À la suite de fraude et fausses représentations, il a été condamné à payer des dommages, intérêts et frais—Ce n'est qu'en 1987, après le jugement de la Cour d'appel, qu'il satisfaisait au jugement—La Loi déclare tout revenu imposable mais ne permet de déduire que les dépenses faites en vue de produire un revenu—L'intimé ne peut être considéré comme ayant cessé ses activités de courtier tant qu'il donne suite à des actes commis par lui dans l'exercice de sa profession même si, à ce moment-là, il ne transige plus et ne peut plus occuper pour des clients—Pour satisfaire à l'exigence de l'art. 18(1a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, un paiement doit se rattacher directement à un acte impliquant l'exercice du métier ou de la profession et pouvant être éventuellement jugé avoir été accompli de façon fautive—L'acte délictuel en l'espèce a été commis à l'occasion de l'exercice du métier ou de la profession, mais il en est complètement étranger—Il s'agissait d'un paiement en satisfaction d'une condamnation pour un délit, un fait illicite intentionnel, un acte volontaire commis en vue de causer un dommage—Le paiement d'une condamnation en dommages et intérêts ne satisfait pas à l'exigence de l'art. 18(1a) de la Loi pour que l'intimé puisse le déduire de son revenu en tant que dépense rattachée à l'exercice de sa profession de courtier en immeuble—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 18(1a).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. POULIN (A-68-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 15-7-96, 8 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Protonotaires—Appel de la décision du protonotaire à l'égard de la requête en radiation de certains paragraphes de la réponse de la demanderesse—La norme de contrôle est applicable aux décisions du protonotaire telle que l'a exposée le juge en chef Isaac dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.): les ordonnances ne doivent être révisées que si elles sont manifestement erronées (fondées sur un mauvais principe ou sur une fausse appréciation des faits) ou lorsque le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire sur une question ayant une influence déterminante sur la solution des questions en litige dans la cause—Il convient d'accorder un respect considérable aux décisions des protonotaires—La décision du protonotaire en l'espèce est réfléchie et témoigne de la volonté d'être scrupuleusement juste envers tous les intéressés—Respect de la norme de contrôle susmentionnée—Appel rejeté.

BANDE ENOCH DE LA RÉSERVE n° 135 DES INDIENS DE STONY PLAIN C. CANADA (T-2330-75, juge Campbell, ordonnance en date du 26-7-96, 4 p.)

PRATIQUE

Désistement—Requête en vue de faire annuler un avis de désistement—Le demandeur a déposé un avis de désistement après avoir produit une réponse à la défense—Selon la Règle 406(1), le demandeur peut, après avoir reçu signification de la défense, mais avant d'engager toute autre procédure dans l'action, se désister complètement de son action et il doit dès lors payer les frais engagés par le défendeur—La Règle 406(3) énonce que, sauf dispositions contraires, un demandeur ne peut se désister d'une action sans la permission de la Cour—Le juge Wetston a donné la directive suivante: les mots «toute autre procédure» de la Règle 406(1) ne comprennent pas le dépôt d'une réponse et aucune permission n'est requise—Il s'agit d'abord de savoir si la question est *res judicata* et si la directive émanant du juge Wetston constitue une ordonnance définitive—La deuxième question consiste à déterminer si le demandeur avait le droit de se désister de son action sans la permission de la Cour après avoir déposé une réponse à la défense—Demande accueillie—Pour que le principe *res judicata* s'applique, une décision judiciaire doit avoir été rendue—La directive du juge Wetston n'est pas une décision judiciaire, parce qu'elle ne tranche pas de façon définitive les droits des parties—La Règle 406(1) permet le dépôt d'un avis de désistement sans permission uniquement lorsque la partie demanderesse n'a pris aucune autre mesure après la signification de la défense de la partie défenderesse—Une réponse assortie d'une déclaration de contestation liée constitue une «autre procédure»—Contrairement au rejet de l'action, le désistement permet au demandeur d'intenter une autre action au sujet de la même question—La Règle 406 vise à permettre à la Cour de restreindre ce droit une fois que les questions à trancher ont été déterminées par la clôture des plaidoiries écrites—La conclusion de la Cour est appuyée par plusieurs définitions de dictionnaires au sujet du mot «*proceeding*» (procédure)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 406.

DRAPEAU C. CANADA (T-1879-93, juge Richard, ordonnance en date du 26-8-96, 8 p.)

Les demandeurs réclament une ordonnance pour que toutes les copies des livres, registres, documents ou autres objets saisis par les défendeurs de même que toutes les copies, résumés, notes, aperçus ou extraits de ces documents qui sont en possession ou sous le contrôle des défendeurs soient confisqués et conservés dans des cartons scellés jusqu'au règlement final de l'action—La défenderesse réclame une ordonnance pour que soit radié de la déclaration le nom des employés du ministère du Revenu national, du procureur général et du ministre du Revenu national, à titre de défendeurs ou, subsidiairement, une ordonnance pour que soient supprimés de la déclaration les alinéas 22f), g) et h)—Après les vérifications des sociétés demanderesse, des employées du ministère du Revenu national, ont établi sous serment une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition dans lequel il était allégué qu'elles avaient des

PRATIQUE—Suite

motifs raisonnables et probables de croire que certains documents appartenant aux demandeurs pouvaient contenir des preuves de la perpétration d'infractions à la Loi de l'impôt sur le revenu—Les mandats de perquisition ont été émis et exécutés—Les documents ont par la suite été remis aux demandeurs conformément à une ordonnance de la Cour, mais le Ministère en a conservé des copies—Les demandeurs allèguent qu'il devrait être déclaré que les mandats de perquisition n'étaient pas valides parce que différentes opérations avaient été mal qualifiées—Ils allèguent que l'utilisation des mandats de perquisition était un abus de pouvoir et une violation de l'obligation du ministre d'agir équitablement et que les mandats de perquisition ne respectent pas les normes minimales de spécificité—Ils font valoir qu'autoriser les défendeurs à conserver et à examiner les documents équivaut à une atteinte continue à la vie privée—(1) La demande des demandeurs est rejetée—Les demandeurs se fondent sur la Règle 470 qui permet à la Cour d'assurer la conservation de biens qui font l'objet de l'action—La Règle 470 a pour but d'assurer la conservation de biens qui font l'objet de l'action—En l'espèce, il n'est nullement nécessaire d'assurer la conservation des biens parce que ceux-ci ont déjà été retournés aux demandeurs en vertu d'une ordonnance judiciaire—L'art. 490 du Code criminel, qui s'appliquait à l'époque pertinente permet au procureur général avant de remettre le document, de copier ou faire copier ce document; une copie certifiée conforme est admissible en preuve—L'ordonnance que recherchent les demandeurs est de la nature d'une suspension—Il sera toujours possible de les dédommager pour le préjudice en leur octroyant des dommages-intérêts ou tout autre redressement et le préjudice n'est pas irréparable—(2) Le nom des particuliers défendeurs doit être rayé de la présente action—La Cour n'a pas compétence pour juger des revendications personnelles déposées contre ces personnes en tant que particuliers, parce que ces revendications se fondent sur le droit de la responsabilité et non sur le droit fédéral—Le Code criminel ou la Loi de l'impôt sur le revenu ne sont pas essentiels au règlement des revendications présentées contre les particuliers défendeurs—Le nom de ces particuliers n'est pas supprimé des paragraphes de la déclaration énonçant les faits sur lesquels les demandeurs entendent s'appuyer pour établir leurs droits aux redressements recherchés dans leur action à l'encontre de la Couronne, même si ces particuliers ne sont plus désignés comme défendeurs dans l'action—Le nom du procureur général et du ministre du Revenu national sont supprimés de la liste des défendeurs parce qu'ils ne sont pas des parties utiles à l'action—L'art. 48 de la Loi sur la Cour fédérale exige que Sa Majesté soit désignée comme défenderesse—Il est donc redondant de désigner le procureur général et le ministre du Revenu—Quand il ne peut y avoir de réclamation déposée à l'encontre des défendeurs en leur qualité personnelle, rien ne justifie qu'ils soient inclus dans la liste des défendeurs—Le droit des demandeurs de contre-interroger au cours de l'enquête préalable est limité aux défen-

PRATIQUE—Suite

deurs, c'est-à-dire à une partie qui se défend contre une ordonnance ou un jugement recherché contre elle—Étant donné que la Couronne, sous le nom de Sa Majesté la Reine, est la défenderesse puisque les fonctionnaires ou mandataires sont censés agir dans le cadre de leurs fonctions légales, les demandeurs ne peuvent contre-interroger au cours de l'enquête préalable que le ou les fonctionnaires désignés par la Couronne comme son ou ses représentants—Il n'est pas nécessaire que le procureur général et le ministre présentent personnellement des requêtes pour que leur nom ne figure plus dans la liste des parties lorsque la Cour n'a pas compétence pour entendre les réclamations déposées à l'encontre du ministre à titre personnel—Il suffit que Sa Majesté la Reine, à titre de défenderesse, présente une requête pour que soit supprimé le nom des parties qui ont été désignées à tort dans l'action—Les alinéas 22f), g) et h) qui visent à obtenir qu'une déclaration soit émise par la Cour indiquant que les défendeurs doivent rendre immédiatement tous les documents, notes et copies et qu'ils ne peuvent les utiliser, ne sont pas supprimés—La question de savoir si le redressement recherché est en réalité un jugement déclaratoire, ou une ordonnance en vue d'un bref de *mandamus* ou une injonction peut dépendre de l'argumentation et de la forme de jugement déclaratoire qui sera demandé à l'instruction—La Règle 1723 de la Cour dispose qu'il ne peut être fait opposition à une action pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoire; et la Cour pourrait faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 470, 1723—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C., ch. F-7, art. 48—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 490 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 73).

MANDATE ERECTORS AND WELDING LTD. C. CANADA
(T-1978-95, juge MacKay, ordonnance en date du
28-8-96, 12 p.)

PARTIES

Intervention

Demande d'autorisation d'intervenir dans une demande de contrôle judiciaire présentée par le brigadier-général Beno—Le requérant, le brigadier-général Robert G. Meating, est le commandant d'un groupe-brigade mécanisé stationné à Calgary—Beno a présenté devant l'enquête sur les incidents en Somalie une demande visant à rendre le président inhabile à agir pour le motif que les actes du président avaient créé une crainte de partialité—La Commission a conclu que Meating avait comploté d'influencer le président de la Commission—La principale question que la Cour a à trancher est la demande de contrôle judiciaire—Le témoignage du requérant fait partie du dossier devant la Cour—Il n'a pas été satisfait aux critères énoncés dans *Rothmans, Benson and Hedges Inc. c. Canada (Procureur Général)*,

PRATIQUE—Suite

[1990] 1 C.F. 84 (1^{re} inst.)—Meating n'est pas directement touché par l'issue de la demande de contrôle judiciaire présentée par Beno—Il n'existe aucune question de la compétence des tribunaux concernant la personne qui se propose d'intervenir—Il existe un autre moyen raisonnable ou efficace de soumettre une question à la Cour—Les intérêts de Meating sont adéquatement défendus par la demande de Beno—L'intérêt de la justice ne sera pas mieux servi au moyen d'une intervention—La Cour peut statuer sur le fond de l'affaire sans autoriser l'intervention puisque le témoignage du requérant fait déjà partie du dossier de la Cour—Le requérant est un témoin dans une action, et il n'accepte pas l'interprétation qu'on donne de son témoignage—Demande rejetée.

BENO C. CANADA (COMMISSAIRE ET PRÉSIDENT, ENQUÊTE SUR LES INCIDENTS EN SOMALIE) (T-1311-96, juge Cullen, ordonnance en date du 28-8-95, 7 p.)

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Brevets—Contrefaçon—Requête en vue d'obtenir une ordonnance de radiation de la défense des défenderesses ou des détails—Brevet portant sur un système de pesage embarqué—La demanderesse sollicite un jugement déclarant que le brevet est valide et qu'il a été contrefait par les défenderesses, de même que des injonctions interlocutoires et permanentes interdisant aux défenderesses de contrefaire le brevet—Toute la défense souffre du défaut des défenderesses de respecter la Règle 413 (la partie qui répond à la plaidoirie d'une autre partie doit admettre ou nier les faits allégués ou encore plaider l'ignorance à leur égard)—Bien que la défense soit déficiente, il n'est pas évident et manifeste qu'elle ne révèle aucune défense raisonnable—Elle n'est pas déficiente au point de devoir être radiée—Elle n'est pas si clairement non essentielle, futile ou abusive qu'elle soit manifestement vaine—L'alinéa 4 de la défense est radié parce qu'il n'est pas pertinent et est préjudiciable, vexatoire et sans fondement—Le mobile qui pousse la demanderesse à engager l'action n'est pas pertinent—Les alinéas 5 et 6 sont radiés et l'autorisation de les amender est accordée afin que les points qui y sont soulevés soient délimités, qu'ils soient liés aux allégations faites dans la déclaration, et afin de clarifier l'objet visé par ces alinéas—il est ordonné de fournir des détails à l'égard de l'alinéa 7 parce qu'il est inadéquat: il soulève des points de droit sans l'appui d'un exposé des faits essentiels sur lesquels se fonde la conséquence juridique—Il est aussi ordonné de fournir des détails sur les alinéas 8 à 10 car ils sont énoncés de façon trop large pour que la demanderesse soit en mesure d'y répondre—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 413.

NORAC SYSTEMS INTERNATIONAL INC. C. MASSLOAD TECHNOLOGIES INC. (T-1973-95, juge Nadon, ordonnance en date du 28-6-96, 15 p.)

PRATIQUE—Fin

PREUVE

Commission rogatoire

Demande visant à obtenir la permission de recueillir la déposition *de bene esse* du capitaine Pollock, commandant qui était chargé d'aider le remorqueur *J.R. Hodder* lorsqu'une remorque d'alligues en paquets, qui était touée par le remorqueur de la demanderesse, a causé des dommages alors qu'elle passait sous le pont ferroviaire de Marpole—L'avocat n'a pas avisé ses clients de la date du procès—Le capitaine Pollock a quitté le pays le 21 août pour l'Angleterre, où il doit se marier le 11 octobre, pour ensuite voyager en Europe—Les experts de la demanderesse ne remettront leur rapport que les 19 et 26 août respectivement—La Règle 477(1) des Règles de la Cour fédérale prévoit que, si une partie désire faire prendre la déposition d'une personne et qu'en raison des frais qu'occasionnerait la prise de sa déposition d'une autre manière ou que, pour tout autre raison, il convient de le faire, la Cour peut ordonner l'émission d'une commission rogatoire—La demande est accueillie—Application des exigences formulées dans le jugement *Doyle (JC) c. MRN*, [1978] CTC 597 (C.F. 1^{re} inst.) en matière d'émission de commissions rogatoires—(1) La demande doit être faite de bonne foi—L'oubli de l'avocat ne diminue pas la bonne foi—(2) La question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si les remorqueurs ont commis une faute—(3) Seul le capitaine Pollock peut donner un témoignage important et nécessaire sur les agissements du *J.R. Hodder*—(4) Le témoin ne peut raisonnablement pas être interrogé dans le ressort de la Cour—Abstraction faite du bouleversement des projets de mariage et de lune de miel, il est beaucoup plus économique et commode de recueillir maintenant la déposition du capitaine Pollock, d'autant plus que son interrogatoire et son contre-interrogatoire seront non seulement transcrits, mais également conservés sur bande vidéo—Il faut également se demander si la déposition *de bene esse* est nécessaire aux fins de la justice et si elle est dans l'intérêt de toutes les parties—La demanderesse ne subit aucun préjudice—Il est très courant d'interroger à bref avis les commandants et les membres d'équipage de navires et la demanderesse a déjà soumis le capitaine Pollock à un interrogatoire préalable fouillé—La demanderesse pourrait obtenir l'essentiel du témoignage de l'expert au sujet de ce que le capitaine Pollock a fait ou aurait dû faire—Le rapport du second expert sur les courants de la rivière déborde le cadre du témoignage du capitaine Pollock—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 477.

RIVERSIDE TOWING LTD. C. HODDER TUGBOAT CO. LTD. (T-1107-95, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 15-8-96, 7 p.)

MAIL  POSTE

Canada Post Corporation/Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste - lettre

8801320

Ottawa

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Groupe Communication Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9