



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1994, Vol. 3, Part 1**

**1994, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [1994] 3 F.C., 3-175

Renvoi [1994] 3 C.F., 3-175

---



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

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER  
Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT  
Secretary  
DENISE CÔTÉ

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, 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 Communication Group, Ottawa, Canada K1A 0S9.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

---

**CONTENTS**

Digests .....	D-1
<b>Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....</b>	<b>73</b>

Federal Court jurisdiction — Trial Division — CRDD decision applicant not Convention refugee quashed on consent — Under Federal Court Act, s. 18.1(3) Court having jurisdiction to remit matter with specific instructions applicant be declared Convention refugee — Considering matters relevant upon request to give specific instructions, inappropriate herein to direct result CRDD should reach — Matter remitted for rehearing.

*Continued on next page*

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

---

Bureau des arrêtistes

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

---

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

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER  
Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
Secrétaire  
DENISE CÔTÉ

*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.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

---

**SOMMAIRE**

Fiches analytiques.....	F-1
<b>Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) .....</b>	<b>73</b>

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La décision de la SSR voulant que le requérant ne soit pas un réfugié au sens de la Convention a été annulée sur consentement — Aux termes de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour a compétence pour renvoyer l'affaire, accompagnée d'instructions précises enjoignant que le requérant soit déclaré réfugié au sens de la Convention — Compte tenu des considérations ayant rapport à la demande d'instructions précises, il n'y a pas lieu en l'espèce de dicter la conclusion à laquelle la SSR devrait parvenir — Affaire renvoyée pour nouvelle audition.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Consent order quashing CRDD decision applicant not Convention refugee — Although Court having jurisdiction to refer matter back with specific directions as to result CRDD should reach, inappropriate herein — Considerations upon application to give specific directions set out.

### Canada v. Loewen (C.A.) ..... 83

Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Appeal from trial judgment holding gain realized on redemption of Scientific Research Tax Credit (SRTC) debenture income from adventure in nature of trade — Appellant buying SRTC for \$200,000 in July 1984 — Redeeming debenture for \$140,000 in January 1985 — Sole purpose of transaction to obtain tax credit — As debenture redeemable by either company or holder, redemption could never result in profit to holder — As s. 127.3(6) deeming cost of acquisition of debenture actual cost reduced by 50% of designated amount (\$200,000), notional gain of \$40,000 although actual loss of \$60,000 — Appeal allowed — \$40,000 capital gain — Adventure in nature of trade if dealing with commodity in same way as ordinary trader or dealer — Must be possibility of profit in commercial sense to be adventure in nature of trade — Notional profit created by Income Tax Act not to be treated as real for purpose of applying objective standard of “ordinary trader” — Notional profit not inducing trader to enter into transaction — Tax credit only inducement herein — Not converting transaction into adventure in nature of trade.

### Canada (Attorney General) v. Thwaites (T.D.)..... 38

Human rights — CHRC upholding complaint of discrimination filed by respondent, HIV positive master seaman, against Canadian Armed Forces and granting substantial monetary award — Examination of “*bona fide* occupational requirement” — Distinction between “direct” and “adverse effect” discrimination — Reasonableness of award for past and future loss of income — Appropriateness of awarding interest on award for special compensation — Costs of counsel and actuarial services properly included in award of “expenses incurred” under Canadian Human Rights Act, s. 53(2)(c).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Ordonnance annulant, sur consentement, la décision de la SSR voulant que le requérant ne soit pas un réfugié au sens de la Convention — Bien que la Cour ait compétence pour renvoyer l'affaire, accompagnée d'instructions précises touchant la conclusion à laquelle la SSR devrait parvenir, il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'exercer cette compétence — Exposé des considérations ayant rapport à la demande d'instructions précises.

### Canada c. Loewen (C.A.) ..... 83

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Appel formé contre la décision de la Section de première instance, portant que le gain réalisé lors du rachat d'une débeture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) est un revenu découlant d'un risque de caractère commercial — L'appelant a acheté un CIRS pour 200 000 \$ en juillet 1984 — Il a racheté la débeture pour 140 000 \$ en janvier 1985 — Le seul but de l'opération était d'obtenir un crédit d'impôt — Puisque la débeture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, il était impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur — Puisque aux termes de l'art. 127.3(6), on présume que le coût d'acquisition de la débeture est le coût réel moins 50 % du montant désigné (200 000 \$), il y a eu gain fictif de 40 000 \$, malgré une perte véritable de 60 000 \$ — Appel accueilli — Gain en capital de 40 000 \$ — Il y a risque de caractère commercial si l'opération est conduite de la même façon qu'une transaction effectuée par un commerçant ou un négociant ordinaire — Il doit être possible de réaliser un profit au sens commercial pour qualifier une opération de risque de caractère commercial — Le profit fictif créé par la Loi de l'impôt sur le revenu ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère objectif du «commerçant ou négociant ordinaire» — Le profit fictif n'incite pas un commerçant à effectuer l'opération — La seule motivation en l'espèce était le crédit d'impôt — Cela ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.

### Canada (Procureur général) c. Thwaites (1<sup>re</sup> inst.)... 38

Droits de la personne — CCDP accueillant la plainte de discrimination portée par l'intimé, un matelot-chef VIH-positif, contre les Forces armées canadiennes, et lui accordant des dommages-intérêts substantiels — Examen de la notion d'«exigence professionnelle justifiée» — Distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte — Caractère raisonnable des dommages-intérêts accordés pour perte de revenus passée et future — Opportunité d'accorder des intérêts sur le montant accordé à titre d'indemnité spéciale — Les frais engagés pour les services de l'avocat et pour l'expertise actuarielle ont été correctement inclus dans les dommages-intérêts accordés au titre des «dépenses entraînées», prévues par l'art. 53(2)c) de la Loi canadienne des droits de la personne.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Armed forces — Master seaman testing positive for HIV — Security clearance downgraded after investigation as to homosexuality — CAF Career Medical Review Board, meeting without notice to seaman, ordering honourable discharge — Grievance denied by Chief of Defence Staff — Conceded that CAF discriminated by differentiating adversely on prohibited ground: disability — BFOR defence not established — No attempt at accommodation — Court upholding Tribunal decision awarding substantial damages.

Practice — Costs — Medical condition and financial difficulties of HIV positive respondent not “special reason” to award costs under R. 1618 in unsuccessful judicial review application against award of tribunal under Canadian Human Rights Act.

### **Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corp. (T.D.)..... 140**

Postal services — Action for declaration franchising of post offices contrary to law, beyond defendant’s jurisdiction under Canada Post Corporation Act, s. 14(1) — Dealership agreement between Canada Post and independent contractor stating rights granted to sell designated products and services non-exclusive — No agency relationship between parties — Canada Post not trading away exclusive privilege — Act, s. 14(1) not limiting exclusive privilege of Canada Post — Dealership agreement serving Corporation’s statutory purposes — Defendant entitled to contract with others to act on its behalf in collecting, delivering letters.

Construction of statutes — Statutory interpretation of Canada Post Corporation Act, s. 14(1) — Words “sole and exclusive privilege of collecting . . . and delivering letters” not limiting capacity of defendant to contract with others to act on its behalf — “Subject to this Act” in s. 16(1) adding to capacity of Canada Post — Act, ss. 12, 14 imposing no limitation on exercise of exclusive privilege of collecting, delivering letters — Dealership Agreement reasonable means to achieve objects of Corporation.

### **Jerram v. Canada (Minister of Agriculture) (T.D.)... 17**

Animals — Application to quash notice requiring disposal of bull imported from U.K. in 1989 — Health of Animals Act, s. 48 permitting Minister of Agriculture to require disposal of animal suspected of being affected or contaminated by disease — Policy guidelines established providing for destruction of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Forces armées — Matelot-chef VIH-positif — Cote de sécurité déclassée à la suite d’une enquête sur l’homosexualité — Conseil de révision médicale des carrières des FAC, réuni à l’insu de l’intimé, a ordonné que ce dernier soit libéré honorablement — Grief rejeté par le chef d’état-major de la défense — Admission quant à la discrimination exercée par les FAC, qui ont traité l’intimé défavorablement pour un motif de distinction illicite: sa déficience — La défense invoquant une EPJ n’est pas fondée — On n’a fait aucune tentative d’accommodement — La Cour maintient la décision du tribunal d’accorder des dommages-intérêts substantiels.

Pratique — Frais et dépens — L’état de santé et la situation financière de l’intimé, qui est VIH-positif, ne constituent pas des «raisons spéciales» permettant d’accorder les frais en vertu de la Règle 1618, dans une instance où la demande de contrôle judiciaire présentée relativement aux dommages-intérêts accordés par le Tribunal des droits de la personne n’est pas accueillie.

### **Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes (1<sup>re</sup> inst.) ..... 140**

Postes — Action visant un jugement déclaratoire portant que le programme de franchisement de la défenderesse déroge à la loi et excède les pouvoirs qui lui sont attribués par l’art. 14(1) de la Loi sur la Société canadienne des postes — La Convention de concession entre Postes Canada et un entrepreneur indépendant stipule que ce dernier a le droit «non exclusif» de vendre les produits et services spécifiés — Il n’y a aucun rapport de nature d’un mandat entre les parties — Postes Canada n’a pas échangé son privilège exclusif — L’art. 14(1) ne limite pas le privilège exclusif de Postes Canada — La Convention de concession était utile à l’exécution de la mission de la Société aux termes de la Loi — La défenderesse peut conclure des contrats permettant à des tiers d’effectuer pour elle le relevage et la distribution des lettres.

Interprétation des lois — Interprétation de l’art. 14(1) de la Loi sur la Société canadienne des postes — Les mots «privilège exclusif du relevage . . . des lettres et de leur distribution aux destinataires» ne limitent pas le pouvoir de la défenderesse de conclure des contrats permettant à des tiers d’agir en son nom — Les mots «sous réserve des autres dispositions de la présente loi» employés à l’art. 16(1) ajoutent aux pouvoirs de Postes Canada — Ni l’art. 12 ni l’art. 14 n’apportent une limitation à l’exercice du privilège exclusif du relevage et de la distribution des lettres — La Convention de concession était un moyen raisonnable pour exécuter la mission de la Société.

### **Jerram c. Canada (Ministre de l’Agriculture) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 17**

Animaux — Demande d’annulation de l’avis ordonnant la destruction d’un taureau importé du Royaume-Uni en 1989 — L’art. 48 de la Loi sur la santé des animaux autorise le ministre de l’Agriculture à prendre toute mesure de disposition à l’égard des animaux qui sont contaminés par une maladie ou soup-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

all cattle imported from U.K. since outbreak of bovine disease epidemic in 1982 in U.K. — Applicant's representations specifically addressed — Aim of s. 48 to prevent spread of disease — Concerns of all those potentially affected, including trading partners, relevant in deciding course of action under s. 48, particularly in assessing tolerance level of acceptable risk, once existence of communicable disease established — Applicant not demonstrating decision patently unreasonable — Decision-maker's discretion not fettered by policy decision — As s. 48 requiring only suspicion as basis for exercise of statutory authority, and as grounds to consider statements from owners re: feed content unreliable, reasonable for decision-maker to disregard owner's evidence bull not fed contaminated feed.

Judicial review — Prerogative writs — *Certiorari* — Application to quash notice of requirement to destroy bull imported from U.K. in 1989 — Health of Animals Act, s. 48 permitting Minister of Agriculture to require disposal of animal suspected of being affected or contaminated by disease — Policy guidelines established providing for destruction of all cattle imported from U.K. since outbreak of bovine disease epidemic in 1982 in U.K. — Discretion of inspector signing notice of requirement not fettered by policy decision — No evidence decision not based on personal belief — Policy-makers considering consistency in application of policy decision essential to avoid spread of disease — Consistency not evil provided interests in achieving it not prevailing over decision on merits — Quest for consistency not overriding inspector's discretion in deciding whether bull suspected of having disease.

### Mercier v. Canada (Human Rights Commission) (C.A.)..... 3

Human rights — Practice — CHRC must disclose to party comments received from other party subsequent to investigation report if containing facts differing from those set out in investigation report and which adverse party would have been entitled to rebut at investigation stage — Matter of procedural fairness to allow parties fair opportunity to meet whole of contrary case — CHRC encouraged to adopt new procedure, requiring parties to exchange respective comments, "losing" party to submit comments first, "winning" party then allowed to reply — *Mandamus* unavailable as Act giving CHRC dis-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

çonnés de l'être — Des lignes directrices prévoient la destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis que l'épidémie d'ESB a frappé ce pays en 1982 — Les observations présentées par le requérant ont été examinées — L'art. 48 vise à éviter la propagation des maladies — Les préoccupations de tous ceux qui pourraient être touchés, y compris les partenaires commerciaux, deviennent pertinentes pour choisir un plan d'action en vertu de l'art. 48 et, en particulier, pour évaluer le niveau de tolérance du risque acceptable, une fois que l'existence d'une maladie transmissible est confirmée — Le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver que la décision qui a été prise était manifestement déraisonnable — L'exercice du pouvoir discrétionnaire par le décideur n'a pas été entravé par la décision de principe — Compte tenu du fait que le fondement de l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 48 est un soupçon et que le décideur était fondé à considérer que les déclarations faites par les propriétaires quant au contenu des aliments n'étaient pas dignes de foi, il pouvait faire abstraction des affirmations de ces derniers voulant que l'animal n'ait pas consommé d'aliments contaminés.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Certiorari* — Demande d'annulation de l'avis ordonnant la destruction d'un taureau importé du Royaume-Uni en 1989 — L'art. 48 de la Loi sur la santé des animaux autorise le ministre de l'Agriculture à prendre toute mesure de disposition à l'égard des animaux qui sont contaminés par une maladie ou soupçonnés de l'être — Des lignes directrices prévoient la destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis que l'épidémie d'ESB a frappé ce pays en 1982 — L'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'inspecteur qui a signé l'avis n'a pas été entravé par la décision de principe — Rien ne semble indiquer que la décision n'a pas été prise en fonction d'une conviction personnelle — Les responsables de l'action gouvernementale considéraient que l'uniformité d'application de la décision de principe était indispensable pour empêcher la propagation de l'ESB — L'uniformité n'est pas un mal, pourvu que l'intérêt qu'on a à y parvenir ne l'emporte pas sur l'obligation de décider en fonction des circonstances de l'espèce — L'uniformité recherchée ne neutralise pas le pouvoir discrétionnaire qu'avait l'inspecteur de décider si l'on pouvait soupçonner le taureau d'être contaminé par l'ESB.

### Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.A.) ..... 3

Droits de la personne — Pratique — La CCDP doit communiquer à une partie les observations qu'elle reçoit d'une autre partie à la suite d'un rapport d'enquête si ces observations contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état, que la partie adverse aurait eu le droit de tenter de réfuter au stade de l'enquête — L'équité procédurale exige que les parties aient une possibilité suffisante de réfuter l'ensemble de la preuve contre laquelle elles doivent se défendre — La CCDP est invitée à adopter une nouvelle procédure qui exige que les parties s'échangent leurs observations respec-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

cretion to dismiss complaints — CHRC not required to give reasons for decision made under Act, s. 44(4).

Judicial review — Prerogative writs — *Certiorari* — Human Rights Commission's failure to disclose to complainant comments received subsequent to investigation report from other party outside time limit and after complainant informed investigator had recommended appointment of conciliator constituting denial of procedural fairness, especially when comments attacking complainant's credibility and alleging facts differing from those set out in investigation report and which complainant would have been entitled to rebut at investigation stage — Matter of procedural fairness to allow parties fair opportunity to meet whole of contrary case — Commission encouraged to adopt new procedure, requiring parties to exchange respective comments — *Mandamus* unavailable as Act giving Commission discretion to dismiss complaints.

### **Peet v. Canada (Attorney General) (T.D.)..... 128**

Judicial review — Prerogative writs — *Certiorari* — Motion to strike application to quash Deputy Minister's decision applicant in breach of Conflict of Interest Code — Code requiring public servants to divest assets determined to constitute conflict of interest or face possible disciplinary action, including discharge — Code issued by Treasury Board pursuant to authority under Financial Administration Act, not promulgated by order in council — Respondent arguing Court lacking jurisdiction as Code mere administrative directive, not law — Motion dismissed — Internal administrative directives may form basis of public duty at law — Not all duties imposed expressly — Implied duty enforceable — Impugned decision having serious consequences — Such decisions traditionally subject to judicial review.

Public Service — Conflict of Interest Code — Issued by Treasury Board under Financial Administration Act, not promulgated by order in council — Decisions thereunder subject to judicial review as (1) enforceable implied duty, (2) having serious consequences (possible loss of employment or loss of business where conflict of interest determined).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tives, la partie «perdante» y allant d'abord de ses observations, et la partie «gagnante» étant ensuite autorisée à répliquer — Il ne peut être donné suite à la demande de bref de *mandamus* puisque la Loi accorde à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte — La CCDP n'est pas tenue de motiver une décision rendue en vertu de l'art. 44(4) de la Loi.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Certiorari* — L'omission de la Commission des droits de la personne de communiquer à la plaignante les observations reçues de la partie adverse à la suite du rapport d'enquête à l'extérieur du délai prescrit et après que la plaignante eut été informée que l'enquêteur avait recommandé la nomination d'un conciliateur, constitue un manquement aux règles de l'équité procédurale, particulièrement lorsque ces observations remettent en question la crédibilité de la plaignante et contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état, que la plaignante aurait eu le droit de tenter de réfuter au stade de l'enquête — L'équité procédurale exige que les parties aient une possibilité suffisante de réfuter l'ensemble de la preuve contre laquelle elles doivent se défendre — La CCDP est invitée à adopter une nouvelle procédure qui exige que les parties s'échangent leurs observations respectives — Il ne peut être donné suite à la demande de bref de *mandamus* puisque la Loi accorde à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte.

### **Peet c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.)..... 128**

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Certiorari* — Requête en radiation de la demande visant l'annulation de la décision du sous-ministre qui a conclu que le requérant avait contrevenu au Code régissant les conflits d'intérêts — Code exigeant des fonctionnaires qu'ils se dessaisissent de biens lorsqu'il est jugé qu'ils comportent un risque de conflit d'intérêts, et prévoyant, en cas de contravention, des mesures disciplinaires, y compris le renvoi — Code établi par le Conseil du Trésor conformément à son pouvoir en vertu de la Loi sur la gestion des finances publiques, non promulgué par décret — L'intimé soutient que la Cour n'a pas compétence puisque le Code est une simple directive administrative et non une loi — Requête rejetée — Les directives administratives internes peuvent constituer le fondement d'une obligation publique en droit — Les obligations ne sont pas toutes expresses — Une obligation implicite a néanmoins force exécutoire — La décision attaquée comporte des conséquences sérieuses — Ces décisions font traditionnellement l'objet de contrôle judiciaire.

Fonction publique — Code régissant les conflits d'intérêts — Code établi par le Conseil du Trésor conformément à son pouvoir en vertu de la Loi sur la gestion des finances publiques, non promulgué par décret — Décisions rendues sous son régime susceptibles de contrôle judiciaire (1) en tant qu'obligation implicite ayant force exécutoire, (2) ayant des conséquences sérieuses (perte d'emploi ou perte de l'entreprise lorsqu'il est jugé qu'il y a conflit d'intérêts).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### Samson v. Canada (T.D.) ..... 113

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application to quash *ex parte* orders compelling suspects in combines investigation to appear for examination — Director investigating complaint notaries in Sherbrooke area agreeing to observe minimum fee tariffs in real estate deals — Application allowed — Orders contrary to Charter, s. 7 — Charter, ss. 11(c), 13 not preventing conclusion s. 7 conferring residual protection — S. 7 applicable to suspect, versus accused, investigative stage, versus trial — Criminal proceedings required — Purely administrative proceedings distinguished — Investigation integral part of process leading to eventual criminal prosecution in which applicants-plaintiffs prime suspects — Testimony only adding to evidence of own misconduct — Rule of fundamental justice when suspect certain to be charged and testimony not assisting conduct of investigation, but own prosecution, suspect should not be compelled to testify — Public interest not justifying compellability.

Criminal justice — Evidence — *Ex parte* orders requiring suspects in combines investigation to appear for examination quashed as infringing Charter, s. 7 — S. 7 providing residual protection to ss. 11(c), 13 — Applicable to suspect, investigative stage of criminal proceedings, administrative inquiries leading to criminal prosecution — When suspect certain to be charged and testimony not assisting conduct of investigation, but own prosecution, suspect should not be compelled to testify.

Competition — Investigation of notaries allegedly agreeing to adhere to minimum fee tariff in real estate deals — Federal Court *ex parte* orders compelling suspects to appear for examination quashed as contrary to Charter, s. 7 — S. 7 applies to suspects, investigative stage of process — Director's investigation integral part of process leading to criminal prosecution in which applicants-plaintiffs prime suspects — Director having all necessary information to conclude applicants-plaintiffs committing criminal offence — Only purpose self-incrimination — Wrongful use of government power.

### Thamotharampillai v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) ..... 99

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Application to review CRDD decision applicant excluded from application of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees as person guilty of acts con-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### Samson c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 113

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande visant à obtenir l'annulation des ordonnances rendues *ex parte*, enjoignant aux suspects dans une enquête sur les coalitions de comparaître aux fins d'interrogatoire — Il s'agit d'une enquête menée par le directeur sur une plainte portant que des notaires de la région de Sherbrooke ont conclu une entente pour respecter une tarification minimum dans les transactions immobilières — Demande accueillie — Les ordonnances violent l'art. 7 de la Charte — Les art. 11c) et 13 de la Charte n'empêchent pas de conclure que l'art. 7 accorde une protection résiduelle — L'art. 7 s'étend au suspect, par opposition à l'accusé, à l'étape de l'enquête, par opposition au procès — Des procédures criminelles sont requises — Il faut distinguer les procédures purement administratives — L'enquête est un rouage intégral d'un processus qui peut mener à poursuite criminelle dans laquelle les requérants-demandeurs sont les suspects principaux — Leur témoignage ne peut qu'ajouter à la preuve de leur inconduite — Il est une règle de justice fondamentale que, lorsqu'on a acquis la certitude que le suspect sera accusé et que son témoignage ne vise pas à assister à la conduite de l'enquête, mais à sa propre poursuite, le suspect ne devrait pas être contraint à témoigner — L'intérêt public ne justifie pas qu'il soit contraint.

Justice criminelle et pénale — Preuve — Les ordonnances rendues *ex parte*, enjoignant aux suspects dans une enquête sur les coalitions de comparaître aux fins d'interrogatoire, sont annulées au motif qu'elles violent l'art. 7 de la Charte — L'art. 7 accorde une protection résiduelle à celle qu'offrent les art. 11c) et 13 — Elle s'étend au suspect, à l'étape de l'enquête d'une instance criminelle, aux enquêtes administratives qui mènent à une poursuite criminelle — Lorsqu'on a acquis la certitude que le suspect sera accusé et que son témoignage ne vise pas à assister à la conduite de l'enquête mais bien à sa propre poursuite, le suspect ne devrait pas être contraint à témoigner.

Concurrence — Enquête visant des notaires qui auraient conclu une entente pour respecter une tarification minimum dans les transactions immobilières — Les ordonnances rendues *ex parte* par la Cour fédérale, enjoignant aux suspects de comparaître pour interrogatoire, sont annulées car elles violent l'art. 7 de la Charte — L'art. 7 s'étend aux suspects, à l'étape de l'enquête du processus — L'enquête du directeur est un rouage intégral d'un processus qui peut mener à une poursuite criminelle dans laquelle les requérants-demandeurs sont les suspects principaux — Le directeur avait tous les renseignements nécessaires pour conclure que les requérants-demandeurs avaient commis une infraction criminelle — Son seul but était l'auto-incrimination — Usage abusif du pouvoir de l'État.

### Thamotharampillai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 99

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié (SSR), selon laquelle le requérant était exclu de l'application de la Conven-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

trary to purposes, principles of United Nations — Applicant, Tamil from Sri Lanka, convicted in Canada of conspiracy to traffic in heroin — CRDD holding fight against narcotics trafficking one of purposes of UN — Application dismissed — CRDD's construction of exclusion clause in Convention most agreeable to justice and reason — Crime of which applicant convicted having serious international implications — Constituting element of international criminal activity against which UN undertaking significant initiatives within its purpose, principles — Having potentially fearful social, cultural, humanitarian, economic repercussions.

International law — Interpretation of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1(F)(c) excluding from application of Convention persons reasonable to consider guilty of acts contrary to purposes, principles of United Nations — No error in CRDD decision applicant, convicted of conspiracy to traffic in narcotics, within exclusion clause — Applicant's crime part of international scheme, having repercussions beyond borders of Canada — Convention construed in manner most agreeable to justice, reason in circumstances.

## SOMMAIRE (Fin)

tion des Nations Unies relative au statut des réfugiés parce qu'il s'était rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies — Le requérant, un Tamoul originaire du Sri Lanka, a été reconnu coupable au Canada d'avoir comploté pour faire le trafic de l'héroïne — La SSR a considéré que la lutte contre le trafic des stupéfiants était l'un des buts des Nations Unies — Demande rejetée — L'interprétation donnée par la SSR à la clause d'exclusion comprise dans la Convention est la plus conforme à la justice et à la raison — Le crime pour lequel le requérant a été condamné pouvait avoir des répercussions internationales importantes — Élément de l'activité criminelle internationale contre laquelle les Nations Unies ont pris des initiatives importantes dans le cadre de leurs buts et de leurs principes — Pouvait avoir des répercussions sociales, culturelles, humaines et économiques terribles.

Droit international — Interprétation de l'art. 1(F)c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, qui exclut de l'application de la Convention les personnes dont on a une raison sérieuse de penser qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies — La décision de la SSR d'appliquer la clause d'exclusion n'est pas erronée, le requérant ayant été reconnu coupable d'avoir comploté pour faire le trafic des stupéfiants — Le crime du requérant faisait partie d'un plan international et avait des répercussions au-delà des frontières du Canada — L'interprétation donnée à la Convention est celle qui est la plus conforme à la justice et à la raison dans les circonstances.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1994, Vol. 3, Part 1**

**1994, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**





A-1095-91

A-1095-91

**Brigitte Mercier** (*Appellant*) (*Applicant*)**Brigitte Mercier** (*appelante*) (*requérante*)

v.

c.

**Canadian Human Rights Commission**  
(*Respondent*) (*Respondent*)<sup>a</sup> **Commission canadienne des droits de la personne**  
(*intimée*) (*intimée*)

and

et

**Attorney General of Canada** (*Mis en cause*)  
(*Mis en cause*)<sup>b</sup> **Procureur général du Canada** (*mis en cause*)  
(*mis en cause*)*INDEXED AS: MERCIER v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MERCIER c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (C.A.)*Court of Appeal, Desjardins, Décary and Létourneau,  
J.J.A.—Montréal, March 15; Ottawa, March 22, 1994.Cour d'appel, juges Desjardins, Décary et  
Létourneau, J.C.A.—Montréal, 15 mars; Ottawa,  
22 mars 1994.

*Human rights — Practice — CHRC must disclose to party comments received from other party subsequent to investigation report if containing facts differing from those set out in investigation report and which adverse party would have been entitled to rebut at investigation stage — Matter of procedural fairness to allow parties fair opportunity to meet whole of contrary case — CHRC encouraged to adopt new procedure, requiring parties to exchange respective comments, “losing” party to submit comments first, “winning” party then allowed to reply — Mandamus unavailable as Act giving CHRC discretion to dismiss complaints — CHRC not required to give reasons for decision made under Act, s. 44(4).*

<sup>d</sup> *Droits de la personne — Pratique — La CCDP doit communiquer à une partie les observations qu'elle reçoit d'une autre partie à la suite d'un rapport d'enquête si ces observations contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état, que la partie adverse aurait eu le droit de tenter de réfuter au stade de l'enquête — L'équité procédurale exige que les parties aient une possibilité suffisante de réfuter l'ensemble de la preuve contre laquelle elles doivent se défendre — La CCDP est invitée à adopter une nouvelle procédure qui exige que les parties s'échangent leurs observations respectives, la partie «perdante» y allant d'abord de ses observations, et la partie «gagnante» étant ensuite autorisée à répliquer — Il ne peut être donné suite à la demande de bref de mandamus puisque la Loi accorde à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte — La CCDP n'est pas tenue de motiver une décision rendue en vertu de l'art. 44(4) de la Loi.*

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Human Rights Commission's failure to disclose to complainant comments received subsequent to investigation report from other party outside time limit and after complainant informed investigator had recommended appointment of conciliator constituting denial of procedural fairness, especially when comments attacking complainant's credibility and alleging facts differing from those set out in investigation report and which complainant would have been entitled to rebut at investigation stage — Matter of procedural fairness to allow parties fair opportunity to meet whole of contrary case — Commission encouraged to adopt new procedure, requiring parties to exchange respective comments — Mandamus unavailable as Act giving Commission discretion to dismiss complaints.*

<sup>e</sup> *Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — L'omission de la Commission des droits de la personne de communiquer à la plaignante les observations reçues de la partie adverse à la suite du rapport d'enquête à l'extérieur du délai prescrit et après que la plaignante eut été informée que l'enquêteur avait recommandé la nomination d'un conciliateur, constitue un manquement aux règles de l'équité procédurale, particulièrement lorsque ces observations remettent en question la crédibilité de la plaignante et contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état, que la plaignante aurait eu le droit de tenter de réfuter au stade de l'enquête — L'équité procédurale exige que les parties aient une possibilité suffisante de réfuter l'ensemble de la preuve contre laquelle elles doivent se défendre — La CCDP est invitée à adopter une nouvelle procédure qui exige que les parties s'échangent leurs observations respectives — Il ne peut être donné suite à la demande de bref de mandamus puisque la Loi accorde à la CCDP le pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte.*

The appellant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging that while she was employed with the Canadian Penitentiary Service she had been subject to discrimination based on sex and mental disability. The investigator who conducted the investigation upheld her allegations and made the appropriate recommendation to the Commission. The Commission informed her of those conclusions and gave her thirty days to present any comments. The appellant replied, expressing joy that her allegations had been upheld.

Outside the thirty-day time limit and without notifying the appellant, the Service filed detailed comments, attempting to refute certain findings and conclusions in the report and questioning the appellant's credibility, based in some cases on facts which were not included in the report. Without informing the appellant of these comments, the Commission informed her that in view of all the circumstances, no further action was warranted and the file was closed. The Commission did not file reasons for its decision.

This was an appeal from the Motions Judge's decision dismissing an application for *certiorari* and *mandamus* against the Commission.

*Held*, the appeal should be allowed with respect to *certiorari* only, with costs both on appeal and at trial.

In accordance with Federal Court case law, counsel for the Commission was not allowed to defend it against the allegations that the rules of procedural fairness had been breached. The Attorney General defended the Commission's actions.

It was well established that the Commission was subject to the rules of procedural fairness. Generally speaking, fairness requires that a party have an adequate opportunity of knowing the case to be met, of answering it and of putting forward the party's own position. In the present case, the complainant was entitled to know both the rules of the game and the substance of the evidence before the Commission, which included the additional evidence submitted by the Service in its comments.

While the rules of procedural fairness do not require that the Commission systematically disclose to one party the comments it receives from the other, they do require this disclosure when those comments contain facts that differ from the facts set out in the investigation report which the adverse party would have been entitled to try to rebut had it known about them at the investigation stage. It would be in the Commission's interest, if only to protect itself in advance from any criticism, to require that the parties exchange their respective comments. And it would seem to be more logical and more practical to ask the "losing" party to submit its comments first, and then to allow the "winning party" to reply.

The failure to give reasons did not constitute in itself a breach of the rules of procedural fairness, since the Commission was not expressly required by the Act to give reasons in the circumstances of this case.

L'appelante a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant avoir été victime, au moment où elle travaillait au sein du Service canadien des pénitenciers du Canada, de discrimination fondée sur le sexe et la déficience mentale. L'enquêteur qui a mené l'enquête a retenu ses prétentions et il a fait la recommandation appropriée à la Commission. Celle-ci a informé l'appelante de ces conclusions et l'a invitée à soumettre ses observations dans un délai de trente jours. L'appelante a fait parvenir des observations qui exprimaient sa joie d'apprendre que ses prétentions avaient été retenues.

À l'extérieur du délai de trente jours et à l'insu de l'appelante, le Service a déposé des observations détaillées dans lesquelles il s'employait à réfuter certaines constatations et conclusions du rapport et à remettre en question la crédibilité de l'appelante à l'aide, dans certains cas, de faits dont le rapport n'avait pas fait état. Sans informer l'appelante de ces observations, la Commission l'a informée que, compte tenu de toutes les circonstances, aucune autre procédure n'était justifiée, et le dossier a été fermé. La Commission n'a pas motivé sa décision.

Il s'agit de l'appel de la décision du juge des requêtes de rejeter la demande de *certiorari* et de *mandamus* à l'encontre de la Commission.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli quant au *certiorari* uniquement, avec dépens en appel et en première instance.

Conformément à la jurisprudence de la Cour fédérale, le procureur de la Commission n'a pas été autorisé à défendre celle-ci contre les allégations de manquement aux règles d'équité procédurale. C'est le procureur général qui a défendu les agissements de la Commission.

Il est bien établi que la Commission doit observer les règles de l'équité procédurale. D'une manière générale, l'équité exige qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve. En l'espèce, la plaignante avait le droit de connaître à la fois les règles du jeu et la substance de la preuve présentée à la Commission, ce qui inclut celle, additionnelle, soumise par le Service dans ses observations.

Si les règles d'équité procédurale n'exigent pas de la Commission qu'elle communique systématiquement à une partie les observations qu'elle reçoit de l'autre partie, elles l'exigent lorsque ces observations contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état, que la partie adverse aurait eu le droit de tenter de réfuter les côtés connus au stade de l'enquête. La Commission aurait intérêt, ne serait-ce que pour se mettre à l'avance à l'abri de tout reproche, à exiger que les parties s'échangent leurs observations respectives. Il semblerait plus logique et plus pratique de demander à la partie «perdante» d'y aller d'abord de ses observations, et de permettre ensuite à la partie «gagnante» de répliquer.

L'omission de motiver n'a pas constitué en elle-même un manquement aux règles d'équité procédurale puisque la Commission n'était pas tenue expressément par la Loi de le faire dans les circonstances de l'espèce.

*Mandamus* was not available herein because it was clear from subsection 44(3) of the Act that the Commission had the discretion to dismiss complaints.

Il est impossible de donner suite à la demande de *mandamus* en l'espèce car il ressort clairement du paragraphe 44(3) de la Loi que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 41, 42, 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63), 44(3) (as am. *idem*), (4).

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Part V.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada* (*Canadian Human Rights Commission*), [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; affg (1986), 16 C.C.E.L. 275; 9 C.H.R.R. D/4922; 90 N.R. 16 (C.A.); *Labelle v. Canada* (*Treasury Board*) (1987), 25 Admin. L.R. 10; 9 C.H.R.R. D/5042; 76 N.R. 222 (F.C.A.); *Thomson v. Canada* (*Deputy Minister of Agriculture*), [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Lever v. Canada* (*Canadian Human Rights Commission*) (1988), 10 C.H.R.R. D/6488 (F.C.A.); *Kahlon v. Canada* (*Minister of Employment and Immigration*), [1986] 3 F.C. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.); *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1984] 2 F.C. 209; (1984), 8 D.L.R. (4th) 622; 8 Admin. L.R. 161; 5 C.H.R.R. D/2234; 84 CLLC 17,009; 55 N.R. 112 (C.A.); *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586; (1990), 65 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493; (1988), 84 N.R. 81 (C.A.); *Moosehead Breweries Ltd. v. Molson Companies Ltd. and Registrar of Trade Marks* (1985), 63 N.R. 140 (F.C.A.); *Vancouver Wharves Ltd. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514*, A-918-84, Mahoney J.A., judgment dated 13/3/85, F.C.A., not reported; *Demercado v. Canada* (*Public Service Staff Relations Board*), A-774-84, Heald J.A., judgment dated 13/12/84, F.C.A., not reported; *Kiely v. Canada* (*Veterans Appeal Board*), A-484-90, Mahoney J.A., judgment dated 30/1/91, F.C.A., not reported; *Canada* (*Human Rights*

#### <sup>a</sup> LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41, 42, 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63), 44(3) (mod., *idem*), (4).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, partie V.1 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

#### JURISPRUDENCE

##### <sup>c</sup> DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; conf. (1986), 16 C.C.E.L. 275; 9 C.H.R.R. D/4922; 90 N.R. 16 (C.A.); *Labelle c. Canada* (*Conseil du Trésor*) (1987), 25 Admin. L.R. 10; 9 C.H.R.R. D/5042; 76 N.R. 222 (C.A.F.); *Thomson c. Canada* (*Sous-ministre de l'Agriculture*), [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Lever c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*) (1988), 10 C.H.R.R. D/6488 (C.A.F.); *Kahlon c. Canada* (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1986] 3 C.F. 386; (1986), 30 D.L.R. (4th) 157; 26 C.R.R. 152 (C.A.); *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.).

##### <sup>f</sup> DÉCISIONS CITÉES:

*Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209; (1984), 8 D.L.R. (4th) 622; 8 Admin. L.R. 161; 5 C.H.R.R. D/2234; 84 CLLC 17,009; 55 N.R. 112 (C.A.); *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586; (1990), 65 D.L.R. (4th) 699; 43 Admin. L.R. 18; 108 N.R. 293 (C.A.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493; (1988), 84 N.R. 81 (C.A.); *Moosehead Breweries Ltd. c. Molson Companies Ltd. et Registrar des marques de commerce* (1985), 63 N.R. 140 (C.A.F.); *Vancouver Wharves Ltd. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514*, A-918-84, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 13-3-85, C.A.F., non publié; *Demercado c. Canada* (*Commission des relations de travail dans la Fonction publique*), A-774-84, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 13-12-84, C.A.F., non publié; *Kiely c. Canada* (*Tribunal d'appel des anciens combattants*), A-484-90, juge

*Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Motions Judge (T-1742-91, Pinard J., order dated 4/10/91, F.C.T.D., not reported) dismissing an application for *certiorari* and *mandamus* against a decision of the Canadian Human Rights Commission dismissing the appellant's complaint of discrimination based on sex and mental disability lodged against the then Canadian Penitentiary Service. Appeal allowed with respect to *certiorari* only.

COUNSEL:

*James R. K. Duggan* and *Marie-Hélène Verge* for appellant (applicant).  
*François Lumbu* for respondent (respondent).  
*Rosemarie Millar* for *mis en cause* (*mis en cause*).

SOLICITORS:

*Donald, Duggan*, Montréal, for appellant (applicant).  
*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for respondent (respondent).  
*Deputy Attorney General of Canada* for *mis en cause* (*mis en cause*).

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

DÉCARY J.A.: On January 25, 1988, the appellant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) against the Canadian Penitentiary Service (now Correctional Service Canada) (the Service). In it, she claimed that while she was employed with the Service she had been subject to discrimination [TRANSLATION] "based on sex and mental disability."

In May 1989, the Commission ordered that an investigation be conducted, in accordance with sec-

\* "At the hearing, the Court did not allow counsel for the Commission to defend it against the allegations that the rules of procedural fairness had been breached . . . the Attorney General defended the Commission's actions in that regard in this Court." See p. 10.

Mahoney, J.C.A., jugement en date du 30-1-91, C.A.F., non publié; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.).

APPEL contre une décision du juge des requêtes (T-1742-91, juge Pinard, ordonnance en date du 4-10-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publiée), rejetant une demande de bref de *certiorari* et de *mandamus* à l'encontre d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui a rejeté la plainte, déposée contre le Service canadien des pénitenciers du Canada, dans laquelle l'appelante alléguait avoir été victime de discrimination fondée sur le sexe et la déficience mentale. Appel accueilli quant au *certiorari* uniquement.

AVOCATS:

*James R. K. Duggan* et *Marie-Hélène Verge* pour l'appelante (requérante).  
*François Lumbu* pour l'intimée (intimée).  
*Rosemarie Millar* pour le *mis en cause* (*mis en cause*).

PROCUREURS:

*Donald, Duggan*, Montréal, pour l'appelante (requérante).  
*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour l'intimée (intimée).  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour le *mis en cause* (*mis en cause*).

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le 25 janvier 1988, l'appelante déposait une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) contre le Service canadien des pénitenciers du Canada (depuis, le Service correctionnel du Canada) (le Service). Elle y alléguait avoir été victime, au moment où elle avait été à l'emploi du Service, de discrimination «fondée sur le sexe et la déficience mentale».

En mai 1989, la Commission ordonnait la tenue d'une enquête selon les dispositions de l'article 43

\* «À l'audience, la Cour n'a pas permis au procureur de la Commission de se défendre contre les allégations de manquement aux règles d'équité procédurale . . . [C]'est le Procureur général qui a défendu devant nous les agissements de la Commission en cette matière.» (Voir p. 10).

tion 43 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63] of the *Canadian Human Rights Act*<sup>1</sup> (the Act).

On October 5, 1990, the investigator filed a long report, the conclusions and recommendations of which were as follows:<sup>2</sup>

#### CONCLUSION AND RECOMMENDATION

99. According to the mis en cause, the complainant did not respond properly when inmates engaged in behaviour of a sexual nature toward her. Her supervisors' testimony indicated that in a majority of cases the complainant responded inappropriately. While she could not have put an end to all behaviour of a sexual nature directed at her, we would also note that even a committee composed of six persons (including the supervisor of residential units) could not do so. *b*
100. At the time of the alleged incidents of discrimination, the mis en cause had known of the sexual and sexist nature of the attitudes and behaviour of inmates toward female personnel for some time; no training had been provided to assist female officers who were facing additional difficulty in the workplace in comparison to their male colleagues and to male officers. In addition, nothing had been done by the mis en cause to put an end to the sexual tactics used by inmates against female officers, although those tactics were designed to increase familiarity between female personnel and inmates and such familiarity should be avoided. *c*
101. No diagnosis of any pathology has been made by the psychologists and psychiatrists who were asked to examine the complainant, including the experts of the mis en cause; the disagreements between the experts of the mis en cause and the psychiatrist and psychologist of the adverse party arise more from the interpretation of the complainant's work situation than from differences of medical opinion, properly speaking. *d*
102. We note that the mis en cause did not address the sexist and sexual harassment of female officers by inmates for what it was, that is, a management problem that could affect all personnel and the operation of the institution, but treated it as if it were rather a problem concerning only women in the prison environment. *e*
103. We recommend that the Commission appoint a conciliator to attempt to reach a settlement of this matter. *f*

On November 28, 1990, the Commission informed the appellant of the conclusions of the investigator's report, particularly the recommendation that a concil-

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

<sup>2</sup> Appeal Case, at p. 29.

[mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>1</sup> (la Loi).

Le 5 octobre 1990, l'enquêteur déposait un long rapport, dont les conclusions et recommandations étaient les suivantes<sup>2</sup>:

#### CONCLUSION ET RECOMMANDATION

99. Selon le mis en cause, la plaignante n'a pas réagi de façon adéquate lorsque des détenus ont eu des agissements à caractère sexuel à son égard. Les témoignages de ses superviseurs indiquent que dans la majorité des circonstances, la plaignante a réagi de manière appropriée [*sic*]. Si elle n'a pu faire cesser tous les comportements à caractère sexuel qui lui étaient adressés, notons aussi que même un comité composé de six personnes (dont le surveillant des unités résidentielles) n'a pu y arriver. *b*
100. Au moment des événements allégués de discrimination, le mis en cause connaissait le caractère sexuel et sexiste des attitudes et des comportements des détenus envers le personnel féminin depuis un certain temps; aucune formation n'avait été prévue pour venir en aide aux agentes qui faisaient face à une difficulté supplémentaire en milieu de travail par rapport à leurs collègues masculins ainsi qu'aux agents. De plus, aucune mesure n'a été prise par le mis en cause pour faire cesser les tactiques à caractère sexuel des détenus envers les agentes, et ce, bien que ces tactiques visent à augmenter la familiarité entre le personnel féminin et les détenus et que cette familiarité doive être évitée. *c*
101. Aucun diagnostic de pathologie n'a été émis par les psychologues et psychiatres appelé-e-s à examiner la plaignante, y compris les experts du mis en cause; les dissensions entre les experts du mis en cause et le psychiatre et la psychologue de la partie adverse proviennent davantage de l'interprétation de la situation de travail de la plaignante que de désaccords proprement médicaux. *d*
102. Il nous a été permis de constater que le mis en cause n'a pas abordé le harcèlement sexiste ou sexuel des détenus envers les agentes comme ce qu'il était, c'est-à-dire un problème de gestion pouvant affecter l'ensemble du personnel et le fonctionnement de l'établissement mais il a considéré qu'il s'agissait plutôt d'un problème concernant seulement les femmes en milieu carcéral. *e*
103. Nous recommandons que la Commission nomme un conciliateur ou une conciliatrice pour tenter d'en arriver à un règlement de cette affaire. *f*

Le 28 novembre 1990, la Commission informait l'appelante, dans les termes suivants, des conclusions du rapport de l'enquêteur, particulièrement celle de

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), c. H-6.

<sup>2</sup> Dossier d'appel, à la p. 29.

iator be appointed, and invited her to submit her comments, as follows:<sup>3</sup>

[TRANSLATION] Dear Madam:

The investigation concerning the complaint that you filed against the Correctional Service Canada alleging that you were subject to discrimination based on sex and mental disability has been completed. It will therefore be recommended that the Commission appoint a conciliator to attempt to reach a settlement of the complaint. The Commission may accept, modify or reject this recommendation.

You will find enclosed a copy of the documents that will be submitted to the Commission. You have the right to present your comments in writing so that they may be considered by the Commission at the same time as the investigation report.

Your comments must reach us within 30 days of the date of receipt of this letter. This time limit will be strictly enforced so that the processing of the complaint is not delayed. Documents received more than thirty days after the date of receipt of this letter will not be filed with the Commission and it will therefore be unable to take them into consideration in making its decision.

When the Commission has made its decision you will be notified.

On December 22, 1990, within the thirty-day time limit the Commission had imposed, the appellant, who was representing herself, sent her comments to the Commission; these in fact amounted simply to an expression of the joy she had felt in learning that an investigator had upheld her allegations.

On February 14, 1991, outside the thirty-day time limit and without the knowledge of the appellant, the Service filed detailed comments in which it attempted to refute certain of the findings and conclusions in the report and to question the appellant's credibility, based in some cases on facts which were not included in the report.

On April 18, 1991, the Commission informed the appellant of the decision, as follows:<sup>4</sup>

[TRANSLATION] Dear Madam:

The Canadian Human Rights Commission has studied the complaint (Q11563) filed by you against the Canadian Penitentiary Service on January 25, 1988, alleging discrimination based on sex and disability in employment. The Commission has also noted your comments dated December 22, 1990.

nommer un conciliateur, et l'invitait à soumettre ses observations<sup>3</sup>:

Madame,

a L'enquête concernant la plainte que vous avez déposée contre le Service correctionnel du Canada alléguant que vous avez été victime de discrimination fondée sur le sexe et la déficience mentale en matière d'emploi est terminée. Il sera donc recommandé que la Commission nomme un conciliateur chargé d'essayer d'en arriver à un règlement de la plainte. La Commission b peut accepter, modifier ou rejeter cette recommandation.

c Vous trouverez ci-joint un exemplaire des documents qui seront soumis à l'attention de la Commission. Vous avez le droit de présenter vos observations par écrit afin que la Commission puisse en prendre connaissance en même temps que le rapport d'enquête.

d Vos observations doivent nous parvenir dans les 30 jours suivant la date de réception de la présente. Ce délai sera rigoureusement respecté afin de ne pas retarder l'instruction de la plainte. Les documents reçus plus de trente (30) jours après la date à laquelle vous recevrez la présente ne seront pas déposés devant la Commission et elle ne pourra donc pas en tenir compte dans sa décision.

Lorsque la Commission aura pris sa décision, vous en serez avisée.

e Le 22 décembre 1990, soit à l'intérieur du délai de trente jours imparti par la Commission, l'appelante, qui se représentait elle-même, faisait parvenir à la Commission des observations qui n'étaient, en fait, f qu'une expression de la joie qu'elle avait ressentie en apprenant que l'enquêteur avait retenu ses prétentions.

g Le 14 février 1991, soit à l'extérieur du délai de trente jours et à l'insu de l'appelante, le Service déposait des observations détaillées dans lesquelles il s'employait à réfuter certaines des constatations et conclusions du rapport et à remettre en question la crédibilité de l'appelante à l'aide, en certains cas, de h faits dont le rapport n'avait pas fait état.

Le 18 avril 1991, la Commission informait l'appelante de la décision que voici<sup>4</sup>:

Madame,

i La Commission canadienne des droits de la personne a étudié la plainte (Q11563) que vous avez déposée contre le Service canadien des pénitenciers le 25 janvier 1988, selon laquelle il y a eu discrimination fondée sur le sexe et la déficience en matière d'emploi. La Commission a également pris

<sup>3</sup> Appeal Record, at pp. 13-14.

<sup>4</sup> Appeal Record, at p. 34.

<sup>3</sup> Dossier d'appel, aux p. 13 et 14.

<sup>4</sup> Dossier d'appel, à la p. 34.

The Commission has decided pursuant to s. 44(3)(b)(i) of the Canadian Human Rights Act that in view of all the circumstances surrounding the complaint no further action is warranted.

The Commission has accordingly closed the file.

On July 2, 1991, after trying in vain to obtain reasons for the Commission's decision, the appellant filed a notice of motion in the Registry of the Federal Court [*Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, T-1742-91, Pinard J., order dated 4/10/91, F.C.T.D., not reported] seeking a writ of *certiorari* and *mandamus* against the Commission. The Attorney General of Canada was named as *mis en cause*.<sup>5</sup>

On September 24, 1991, the secretary of the Commission filed an affidavit in which she listed the documents that were in the Commission's file at the time the Commission examined the complaint. Among these documents were the [TRANSLATION] "comments of the Correctional Service Canada relating to the investigation report."<sup>6</sup> It was at this point that the appellant discovered that the Service had filed comments and that she became aware of the substance of those comments.

Before the Motions Judge, counsel for the appellant argued that there had been a breach of the rules of procedural fairness, first, because the Commission had not disclosed the comments of the Service, and second, because the Commission erred in the circumstances by not giving reasons for its ultimate decision, since that decision was contrary to the investigator's recommendation.

The Motions Judge dismissed the application, essentially stating that he was of the opinion that the rules of procedural fairness as defined by Sopinka J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*<sup>7</sup> (*SEPQA*) had been duly observed. He further concluded that the Commission had no duty

<sup>5</sup> The appellant's motion was filed before Part V.I of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19) (Rules 1600 to 1620) came into force on February 1, 1992.

<sup>6</sup> Appeal Record, at p. 38.

<sup>7</sup> [1989] 2 S.C.R. 879.

connaissance de vos observations en date du 22 décembre 1990.

La Commission a décidé, en vertu du sous-alinéa 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, que compte tenu de toutes les circonstances entourant la plainte, aucune autre procédure n'est justifiée.

La Commission, par le fait même, a fermé le dossier.

Le 2 juillet 1991, après avoir tenté en vain d'obtenir de la Commission que celle-ci motivât sa décision, l'appelante déposait au greffe de la Cour fédérale un avis de requête pour l'émission d'un bref de *certiorari* et de *mandamus* à l'encontre de la Commission [*Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, T-1742-91, juge Pinard, ordonnance en date du 4-10-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publiée]. Le procureur général du Canada était mis en cause<sup>5</sup>.

Le 24 septembre 1991, la secrétaire de la Commission déposait un affidavit dans lequel elle énumérait les documents qui faisaient partie du dossier de la Commission au moment où celle-ci avait étudié la plainte. Parmi ces documents figurent les «observations du Service correctionnel du Canada relatives au rapport d'enquête»<sup>6</sup>. C'est à ce moment que l'appelante a découvert que le Service avait déposé des observations et qu'elle a pris connaissance du contenu desdites observations.

Devant le juge des requêtes, l'avocate de l'appelante a plaidé manquement aux règles d'équité procédurale, d'une part en ce que la Commission ne lui avait pas communiqué les observations du Service et d'autre part en ce que la Commission, du fait que sa décision ultime allait à l'encontre de la recommandation de l'enquêteur, avait eu tort dans les circonstances de ne pas la motiver.

Le juge des requêtes a rejeté la requête, se disant essentiellement d'avis que les règles d'équité procédurale telles qu'elles sont définies par le juge Sopinka dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*<sup>7</sup> (*SEPQA*) avaient été dûment respectées. Il a conclu par ailleurs

<sup>5</sup> La requête de l'appelante a été déposée avant l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> février 1992, de la Partie V.1 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 19) (Règles 1600 à 1620).

<sup>6</sup> Dossier d'appel, à la p. 38.

<sup>7</sup> [1989] 2 R.C.S. 879.

to give reasons for its decision. The appellant has appealed that decision.

At the hearing, the Court did not allow counsel for the Commission to defend it against the allegations that the rules of procedural fairness had been breached. In accordance with the jurisprudence of this Court, *inter alia* in *Labelle v. Canada (Treasury Board)*,<sup>8</sup> the Attorney General defended the Commission's actions in that regard in this Court.

It will be useful at the outset to recall the remarks of Sopinka J. in *SEPQA*, at pages 899 and 900:

The other course of action is to dismiss the complaint. In my opinion, it is the intention of s. 36(3)(b) [now 44(3)(b)] that this occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage. It was not intended that there be a formal hearing preliminary to the decision as to whether to appoint a tribunal. Rather the process moves from the investigatory stage to the judicial or quasi-judicial stage if the test prescribed in s. 36(3)(a) is met. Accordingly, I conclude from the foregoing that, in view of the nature of the Commission's function and giving effect to the statutory provisions referred to, it was not intended that the Commission comply with the formal rules of natural justice. In accordance with the principles in *Nicholson*, *supra*, however, I would supplement the statutory provisions by requiring the Commission to comply with the rules of procedural fairness. In this regard, I adopt the statement of Lord Denning, M.R., in *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976]

<sup>8</sup> (1987), 25 Admin. L.R. 10 (F.C.A.). See also: *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at pp. 710-711, Estey J.; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1984] 2 F.C. 209 (C.A.), at pp. 215-217; *Vancouver Wharves Ltd. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514* (March 13, 1985), A-918-84 (F.C.A.) (not reported); *Caimav v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1014-1016, La Forest J.; *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586 (C.A.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. C.A.L.P.A.*, [1988] 2 F.C. 493 (C.A.); *Moosehead Breweries Ltd. v. Molson Companies Ltd. and Registrar of Trade Marks* (1985), 63 N.R. 140 (F.C.A.); *Demercado v. Canada (Public Service Staff Relations Board)* (December 13, 1984), A-774-84 (F.C.A.) (not reported); *Kiely v. Canada (Veterans Appeal Board)* (January 30, 1991), A-484-90 (F.C.A.) (not reported); *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.).

que la Commission n'avait pas l'obligation de motiver sa décision. D'où le présent appel.

À l'audience, la Cour n'a pas permis au procureur de la Commission de se défendre contre les allégations de manquement aux règles d'équité procédurale. Conformément à la jurisprudence de cette Cour, notamment dans l'affaire *Labelle c. Canada (Conseil du Trésor)*<sup>8</sup>, c'est le Procureur général qui a défendu devant nous les agissements de la Commission en cette matière.

Il sera utile, au départ, de rappeler les propos que tenait le juge Sopinka dans l'affaire *SEPQA*, aux pages 899 et 900:

L'autre possibilité est le rejet de la plainte. À mon avis, telle est l'intervention [*sic*] sous-jacente à l'al. 36(3)(b) [maintenant 44(3)(b)] pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d'un tribunal en application de l'art. 39. Le but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante. L'intention n'était pas non plus de tenir une audience en règle avant de décider de l'opportunité de constituer un tribunal. Au contraire, le processus va du stade de l'enquête au stade judiciaire ou quasi judiciaire dès lors qu'est rempli le critère énoncé à l'al. 36(3)(a). Je conclus donc de ce qui précède que, compte tenu de la nature du rôle de la Commission et suivant les dispositions susmentionnées, il n'y a aucune intention d'astreindre la Commission à l'observation des règles formelles de la justice naturelle. Conformément aux principes posés dans l'arrêt *Nicholson*, précité, cependant, je complèterais les dispositions législatives en exigeant que la Commission observe les règles de l'équité procédurale. À cet égard, je fais

<sup>8</sup> (1987), 25 Admin. L.R. 10 (C.A.F.). Voir aussi: *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, aux p. 710 et 711, le juge Estey; *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209 (C.A.), aux p. 215 et 217; *Vancouver Wharves Ltd. c. Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514* (13 mars 1985), A-918-84 (C.A.F.) (non publié); *Caimav c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, aux p. 1014 à 1016, le juge La Forest; *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Liée c. A.C.P.L.A.*, [1988] 2 C.F. 493 (C.A.); *Moosehead Breweries Ltd. c. Molson Companies Ltd. et Registraire des marques de commerce* (1985), 63 N.R. 140 (C.A.F.); *Demercado c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)* (13 décembre 1984), A-774-84 (C.A.F.) (non publié); *Kiely c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants)* (30 janvier 1991), A-484-90 (C.A.F.) (non publié); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.).



1 All E.R. 12 (C.A.), quoted hereunder. The Race Relations Board was charged with duties similar to those of the Canadian Human Rights Commission. In determining that it was an investigatory body with the duty to act fairly, Lord Denning said, at p. 19:

In recent years we have had to consider the procedure of many bodies who are required to make an investigation and form an opinion. . . . In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. The investigating body is, however, the master of its own procedure. It need not hold a hearing. It can do everything in writing. It need not allow lawyers. It need not put every detail of the case against a man. Suffice it if the broad grounds are given. It need not name its informants. It can give the substance only. Moreover it need not do everything itself. It can employ secretaries and assistants to do all the preliminary work and leave much to them. But, in the end, the investigating body itself must come to its own decision and make its own report.

and at pages 902 and 903:

## 2. Reviewable Error

Although it is not, strictly speaking, necessary to decide this issue in view of the conclusion reached above, the matter was dealt with extensively in the Court of Appeal and was fully argued here. It is therefore appropriate to observe that had I determined that the decision of the Commission was reviewable, I would have concluded as Marceau J. did that the Commission committed no reviewable error. I agree with the reasons of Marceau J. that the Commission had a duty to inform the parties of the substance of the evidence obtained by the investigator and which was put before the Commission. Furthermore, it was incumbent on the Commission to give the parties the opportunity to respond to this evidence and make all relevant representations in relation thereto.

The Commission was entitled to consider the investigator's report, such other underlying material as it, in its discretion, considered necessary and the representations of the parties. The Commission was then obliged to make its own decision based on this information. All this was done.

Two matters require special comment. First, it is submitted that failure to give reasons is itself a basis for review. Assuming without deciding that this is so in the absence of a statutory requirement to give reasons (compare *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at p. 706, and Lamer J. in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2

miens les propos, reproduits ci-dessous, que tient le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.). La Race Relations Board exerçait des fonctions analogues à celles de la Commission canadienne des droits de la personne. En décidant qu'il s'agissait d'un organisme d'enquête ayant l'obligation d'agir équitablement, lord Denning dit, à la p. 19:

[TRADUCTION] Ces dernières années nous avons examiné la procédure de nombreux organismes chargés de faire enquête et de se faire une opinion [ . . . ] Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que, dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. Cependant, l'organisme enquêteur est maître de sa propre procédure. Il n'est pas nécessaire qu'il tienne une audition. Tout peut se faire par écrit. Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats. Il n'est pas tenu de révéler tous les détails de la plainte et peut s'en tenir à l'essentiel. Il n'a pas à révéler sa source de renseignements. Il peut se limiter au fond seulement. De plus, il n'est pas nécessaire qu'il fasse tout lui-même. Il peut faire appel à des secrétaires et des adjoints pour le travail préliminaire et plus. Mais en définitive, l'organisme enquêteur doit arrêter sa propre décision et faire son propre rapport.

et aux pages 902 et 903:

## 2. L'erreur donnant lieu à examen

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de trancher cette question vu la conclusion déjà tirée, elle a fait l'objet d'une analyse approfondie en Cour d'appel et a été pleinement débattue devant notre Cour. Il convient donc de signaler que, si j'avais estimé que la décision de la Commission pouvait être examinée, j'aurais alors conclu, ainsi que l'a fait le juge Marceau, que la Commission n'avait pas commis d'erreur donnant lieu à examen. Je partage l'avis du juge Marceau qu'il incombait à la Commission d'informer les parties de la substance de la preuve réunie par l'enquêteur et produite devant la Commission. Celle-ci devait en outre offrir aux parties la possibilité de répliquer à cette preuve et de présenter tous les arguments pertinents s'y rapportant.

La Commission pouvait prendre en considération le rapport de l'enquêteur, les autres données de base qu'elle jugeait nécessaires ainsi que les arguments des parties. Elle était alors tenue de rendre sa propre décision en se fondant sur ces renseignements, ce qu'elle a fait.

Des observations particulières s'imposent sur deux points. D'abord, on a fait valoir que la seule omission de motiver une décision justifierait son examen. À supposer que ce soit le cas sans toutefois trancher ce point, j'estime qu'un tel examen n'est pas justifié en l'espèce, en l'absence de disposition législative exigeant une décision motivée (voir *Northwestern Utili-*

S.C.R. 476, at pp. 500-501), in my opinion there is no basis for such review in this case. The appellant was notified that the Commission had decided that the positions which were the subject of comparison did not constitute work of equal value. The basis for this conclusion was the very extensive report of the investigator which the Commission adopted. This, the Commission was entitled by statute to do. The report which it adopted was in the hands of the appellant. Accordingly, the latter was fully apprised of the reasons for the Commission's decision. There is, therefore, no ground for suggesting that there was any denial of natural justice or procedural fairness in this regard.

The appellant submitted, apparently for the first time in this Court, that it was not apprised of the Commission's interpretation of s. 11 of the Act. While I agree with Wilson J.'s statement in *Re Downing and Graydon*, *supra*, that this is an aspect of the duty of procedural fairness to inform a party of the case to be met, I am satisfied that the appellant was expressly advised of the manner in which s. 11 was being applied by the Commission.

As Lord Denning noted, that which procedural fairness requires depend on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. Fundamentally, there must be assurance in each case that the individual affected has been informed of the substance of the evidence on which the tribunal intends to rely in making its decision and that the individual has been offered an opportunity to reply to that evidence and to present all relevant arguments relating thereto. Cory J. recently recalled the applicable principles, as follows:<sup>9</sup>

This Court has repeatedly recognized the general common law principle that there is "a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual" (see *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653). It follows that the Deputy Minister was under a duty to comply with the principles of procedural fairness in the context of security clearance decision-making. Generally speaking, fairness requires that a party must have an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's own position.

The Motions Judge erred, in my opinion, when he stated, based on the decision of the Supreme Court of Canada in *SEPQA*:<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 402.

<sup>10</sup> Appeal Record, at p. 90.

*ties Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la p. 706, et les motifs du juge Lamé dans *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, aux pp. 500 et 501). La Commission a informé l'appellant de sa décision établissant la non-équivalence des postes comparés. Cette conclusion reposait sur le rapport très poussé de l'enquêteur, rapport que la Commission avait adopté comme la Loi l'y autorisait. Le rapport a été communiqué à l'appellant qui était donc parfaitement au courant des motifs de la décision de la Commission. Cela étant, on ne saurait prétendre qu'il y a eu déni de justice naturelle ou d'équité procédurale à cet égard.

L'appellant a soutenu en cette Cour, et c'est apparemment la première fois qu'il a fait valoir ce moyen, qu'il n'avait pas été mis au courant de l'interprétation donnée par la Commission à l'art. 11 de la Loi. Tout en souscrivant au point de vue du juge Wilson, qui dit dans l'affaire *Re Downing and Graydon*, précitée, qu'informer une partie de la cause à réfuter constitue un aspect de l'équité procédurale, je suis convaincu que l'appellant a été expressément avisé de la manière dont la Commission appliquait l'art. 11. . .

Les exigences de l'équité procédurale, ainsi que le notait lord Denning, dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. Fondamentalement, il s'agit dans chaque cas de s'assurer que l'administré a été informé de la substance de la preuve sur laquelle le tribunal entend se fonder pour prendre sa décision et qu'il s'est vu offrir la possibilité de répliquer à cette preuve et de présenter tous les arguments pertinents s'y rapportant. Le juge Cory rappelait récemment en ces termes les principes applicables<sup>9</sup>:

Notre Cour a souvent reconnu le principe général de common law selon lequel «une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne» (voir *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653). Le sous-ministre était donc tenu de se conformer aux principes de l'équité procédurale dans le contexte des décisions en matière d'octroi des habilitations de sécurité. D'une manière générale, l'équité exige qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve.

Le juge des requêtes fait erreur, à mon avis, lorsqu'il affirme, sur la base de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *SEPQA*, que<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 402.

<sup>10</sup> Dossier d'appel, à la p. 90.

It sufficed for the investigation report to be given to the applicant before the Commission's decision was made; it was therefore not necessary for the comments of Correctional Services Canada on the report to be given to her as well.

In *SEPQA*, and this is information that I am taking from reading the reasons of Marceau J.<sup>11</sup> whose decision was affirmed by Sopinka J., only the complainant had filed comments relating to the investigation report, which was unfavourable to it. The complainant, which had that report in its hands, was therefore aware of the case it had to meet, and the Commission had not based its decision on documents of which the plaintiff had not been apprised.

Moreover, when Sopinka J. stated that he was "satisfied that [the complainant] was expressly advised of the manner in which s. 11 was being applied by the Commission" and adopted the opinion of Wilson J. that "this is an aspect of the duty of procedural fairness to inform a party of the case to be met",<sup>12</sup> he confirmed that a complainant is entitled to know both the rules of the game and the substance of the evidence before the Commission, which in my view includes, where applicable, additional evidence submitted by an adverse party in its comments.

In the case at bar, the appellant certainly was never in a position to foresee, *a fortiori* to counter, the decision the Commission was going to make, nor to know or even suspect the grounds on which it would decide not to follow its investigator's recommendation. The investigation report was in fact favourable to her. The Service's comments were filed without her knowledge and outside the time limit which the Commission had imposed and described as mandatory. These comments were much more than argument based on the facts set out by the investigator in his report; on the contrary, they were replete with facts that did not appear in the file that had until then been before the Commission, and went so far as to attack the appellant's credibility.<sup>13</sup> Moreover, in the Commission's decision of April 18, 1991 it misled the appellant by suggesting to her that it had before it only the comments filed by her on December 22, 1990, so that in

Il était en effet suffisant que le rapport d'enquête soit communiqué à la requérante avant la prise de décision par la Commission; il n'était donc pas nécessaire que les observations du Service . . . relatives à ce rapport le soient aussi.

<sup>a</sup> Dans l'affaire *SEPQA*, et ce sont là des informations que je tire de la lecture des motifs du juge Marceau<sup>11</sup> dont la décision a été confirmée par le juge Sopinka, seul le plaignant avait déposé des observations relativement au rapport d'enquête, lequel lui était défavorable. Dès lors, le plaignant, qui avait ce rapport en sa possession, était au courant de la cause qu'il avait à réfuter, et la Commission n'avait pas fondé sa décision sur des documents dont le plaignant n'avait pas eu connaissance.

Par ailleurs, le juge Sopinka, en se disant «convaincu que [le plaignant] a été expressément avisé de la manière dont la Commission appliquait l'art. 11»<sup>d</sup> et en souscrivant au point de vue du juge Wilson selon laquelle «informer une partie de la cause à réfuter constitue un aspect de l'équité procédurale»<sup>12</sup>, confirme qu'un plaignant a le droit de connaître à la fois les règles du jeu et la substance de la preuve qui se trouve devant la Commission, ce qui inclut, à mon avis, le cas échéant, celle, additionnelle, soumise par une partie adverse dans ses observations.

En l'espèce, il est certain que l'appelante n'a jamais été en mesure de prévoir, et *a fortiori* de parer, la décision qu'allait rendre la Commission, non plus que de connaître ou même soupçonner les motifs qui allaient amener celle-ci à ne pas se rendre à la recommandation de son enquêteur. Le rapport d'enquête, en effet, lui était favorable. Les observations du Service ont été déposées à son insu et à l'extérieur d'un délai qualifié de rigueur par la Commission et imposé par celle-ci. Ces observations constituaient bien davantage qu'une argumentation fondée sur les faits relatés par l'enquêteur dans son rapport; elles étaient au contraire porteuses de faits qui n'apparaissaient pas au dossier placé jusqu'alors devant la Commission et allaient jusqu'à attaquer la crédibilité de l'appelante<sup>13</sup>. Par ailleurs, la Commission, dans sa décision du 18 avril 1991, a induit l'appelante en erreur en lui laissant entendre qu'elle n'avait devant elle que les

<sup>11</sup> (1986), 16 C.C.E.L. 275 (F.C.A.).

<sup>12</sup> *SEPQA*, *supra* footnote 7, at p. 903.

<sup>13</sup> See *Labelle v. Canada (Treasury Board)*, *supra* footnote 8.

<sup>11</sup> (1986), 16 C.C.E.L. 275 (C.A.F.).

<sup>12</sup> *SEPQA*, *supra*, note 7, à la p. 903.

<sup>13</sup> Voir *Labelle c. Canada (Conseil du Trésor)*, *supra*, note 8.

fact the appellant would have had to bring legal proceedings to learn what the evidence was that had apparently led to the Commission's about-face.

I am not saying that the rules of procedural fairness require that the Commission systematically disclose to one party the comments it receives from the other; I am saying that they require this when those comments contain facts that differ from the facts set out in the investigation report which the adverse party would have been entitled to try to rebut had it known about them at the stage of the investigation, properly speaking. I recognize that it will not always be easy to determine when comments cease to be "argument", to use the words of Sopinka J., and become new allegations that must be brought to the attention of the other party; if the Commission were to decide to continue its general practice of not disclosing comments, it will still have to examine each case individually and practise great vigilance so as to avoid a party in a particular case, such as the case at bar, not receiving disclosure of comments that are such as should have been brought to that party's attention. It would seem to me that it would be in the Commission's interest, if only to protect itself in advance from any criticism, to require that the parties exchange their respective comments. Otherwise, and here I am adopting the views of Mahoney J. in *Labelle*, the Commission will always be exposed to an application for judicial review "because it will always be *prima facie* arguable that the complainant was not made aware of, and hence was denied a fair opportunity to meet, the whole of the contrary case."<sup>14</sup>

I note in passing that it does not seem to me to be very useful, when the investigation report adopts the argument made by one party, to ask that party to submit its comments immediately. What kind of comments can the "winning" party make when it does not even know whether the report will be contested by the other party, and when it undoubtedly has no idea of what aspects of the report will be subject to dispute, if any? In such cases, it would seem to me to be

<sup>14</sup> *Ibid.*, at p. 19.

observations déposées par celle-ci le 22 décembre 1990: il aura en effet fallu que l'appelante engage des procédures judiciaires pour connaître la preuve qui avait vraisemblablement amené la volte-face de la Commission.

Je ne dis pas que les règles d'équité procédurale exigent de la Commission qu'elle communique systématiquement à une partie les observations qu'elle reçoit de l'autre partie; je dis qu'elles l'exigent lorsque ces observations contiennent des éléments de fait distincts de ceux dont le rapport d'enquête faisait état et que la partie adverse aurait eu le droit de tenter de réfuter les eût-elle connus au stade de l'enquête proprement dite. Je reconnais qu'il ne sera pas toujours facile de déterminer à quel moment des observations cessent d'être des «arguments», pour reprendre les mots du juge Sopinka, et deviennent des allégations nouvelles devant être portées à la connaissance de l'autre partie; la Commission, si elle décidait de maintenir sa pratique générale de non-communication des observations, n'en devra pas moins examiner chaque cas individuellement et faire preuve de beaucoup de vigilance afin d'éviter que dans un cas donné, comme en l'espèce, une partie ne reçoive pas communication d'observations dont la nature est telle qu'elles auraient dû être portées à sa connaissance. La Commission aurait intérêt, me semble-t-il, ne serait-ce que pour se mettre à l'avance à l'abri de tout reproche, à exiger que les parties s'échangent leurs observations respectives. Autrement, et je reprends ici les vues du juge Mahoney dans *Labelle*, la Commission sera toujours exposée à une demande de contrôle judiciaire «parce que le plaignant pourra toujours prétendre qu'à première vue, il n'a pas pris connaissance de toute la preuve de la partie adverse et n'a donc pas eu la possibilité de la réfuter en entier»<sup>14</sup>.

Je note au passage qu'il ne me paraît pas très utile, lorsque le rapport d'enquête retient les prétentions d'une partie, de demander à celle-ci de faire part immédiatement de ses observations. À quel type d'observations la partie «gagnante» peut-elle en effet se livrer, quand elle ne sait même pas si le rapport sera contesté par l'autre partie et quand elle n'a de toute façon aucune idée des aspects du rapport sur lesquels portera la contestation, s'il en est. En de tels

<sup>14</sup> *Ibid.*, à la p. 19.

more logical and more practical to ask the “losing” party to submit its comments first, and then to allow the “winning” party to reply.

With respect to the failure to provide reasons for a decision where there is no statutory requirement to do so, the jurisprudence of this Court is to the effect that the Commission is not required to give reasons for a decision it makes under subsection 44(4) of the Act.<sup>15</sup> The appellant relies on the later decision of the Supreme Court of Canada in *SEPQA* in support of her argument that failure to give reasons may constitute a breach of the rules of procedural fairness.

The situation presented in *SEPQA* was different. The Commission’s refusal was based on the recommendation to that effect made by the investigator, so that the complainant was in a position, based on the investigation report that was in its hands, to understand the reasons for the decision, although reasons were not given. The Supreme Court rightly refused to decide the issue relating to the failure to give reasons. Here, the Commission’s refusal is contrary to the investigator’s recommendation, and in the absence of reasons the complainant, who was not aware of the existence of the Service’s comments, could not even suspect what had caused the Commission not to act on the recommendation.

Does this mean that in the case at bar the failure to give reasons constitutes in itself a breach of the rules of procedural fairness? I do not believe so.

Had reasons been given for the Commission’s decision, it would nonetheless have been fundamentally vitiated in view of the Commission’s failure to inform the appellant of the substance of all the evidence in the record. If the appellant had been informed of the substance of all the evidence in the record, she could not have complained of the absence of reasons, as the Commission would presumably have rejected the investigator’s recommendation for the reasons set out in the Service’s comments. It does not appear to me to be possible to dissociate the failure to give reasons from the failure to inform and to make the first failure, in the absence of the second, a breach which supports an application for judicial

<sup>15</sup> See *Lever v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/6488 (F.C.A.).

cas, il me semblerait plus logique et plus pratique de demander à la partie «perdante» d’y aller d’abord de ses observations, et de permettre ensuite à la partie «gagnante» d’y répliquer.

En ce qui a trait à l’omission de motiver une décision en l’absence d’une exigence statutaire de ce faire, la jurisprudence de cette Cour est à l’effet que la Commission n’est pas tenue de motiver une décision qu’elle rend en vertu du paragraphe 44(4) de la Loi<sup>15</sup>. L’appelante s’appuie sur l’arrêt subséquent de la Cour suprême du Canada dans *SEPQA* pour soutenir que l’omission de motiver peut constituer un manquement aux règles d’équité procédurale.

Dans *SEPQA*, la situation se présentait autrement. Le refus de la Commission donnait suite à la recommandation faite en ce sens par l’enquêteur, de sorte que le plaignant était en mesure, à même le rapport d’enquête qui lui avait été communiqué, de comprendre les motifs de la décision bien que celle-ci ne fût pas motivée. La Cour suprême, à juste titre, a refusé de trancher la question relative à l’omission de motiver. Ici, le refus de la Commission va à l’encontre de la recommandation de l’enquêteur, et, en l’absence de motifs, la plaignante, qui ne connaissait pas l’existence des observations du Service, ne pouvait même pas soupçonner ce qui avait amené la Commission à ne pas donner suite à la recommandation.

Est-ce à dire qu’en l’espèce l’omission de motiver constitue en elle-même un manquement aux règles d’équité procédurale? Je ne le crois pas.

La décision de la Commission eût-elle été motivée, qu’elle n’en aurait pas moins été viciée à la base, vu l’omission de la Commission d’informer l’appelante de la substance de toute la preuve au dossier. Si l’appelante avait été informée de la substance de toute la preuve au dossier, elle n’aurait pas pu se plaindre de l’absence de motifs, la Commission ayant présumément rejeté la recommandation de l’enquêteur pour les motifs avancés dans les observations du Service. Il ne me paraît pas possible de dissocier l’omission de motiver de l’omission d’informer et de faire de la première, en l’absence de la seconde, un manquement donnant ouverture au contrôle judiciaire. L’obligation de motiver a été imposée par le Parlement dans cer-

<sup>15</sup> Voir *Lever c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1988), 10 C.H.R.R. D/6488 (C.A.F.).

review. The duty to give reasons has been imposed by Parliament in certain specific cases, including the situation covered by subsection 42(1) of the Act which applies where the Commission decides not to deal with a case for the reasons set out in section 41. I would hesitate to use the rules of procedural fairness to impose a burden that Parliament imposes only sparingly in very specific cases.

In conclusion, I am of the opinion that because the Commission did not disclose the Service's comments to the appellant, she was not treated by the Commission in a manner that complied with the rules of procedural fairness, in the circumstances. Moreover, we need only examine the affidavit that the Court allowed the appellant to file in the Court of Appeal, which contains the reply that she would have made to the Service's comments, had she known of them in time, to be satisfied that the appellant did not have sufficient opportunity to know the case she had to meet.

It is impossible to allow the application for a writ of *mandamus*. Such an application can be allowed only if the authority against which it is sought had a duty to make the decision it is asked to make<sup>16</sup> and in the case at bar it is clear from subsection 44(3) [as am. *idem*] of the Act that the Commission has the discretion to dismiss a complaint.

The appeal should be allowed in part, the decision of the Motions Judge on the application for a writ of *certiorari* reversed, the decision of the Commission dated April 18, 1991 set aside and the matter referred back to the Commission to be re-examined taking into consideration such reply to the Service's comments as the appellant may wish to submit to it.

The appellant will be entitled to costs both on appeal and at trial.

DESJARDINS J.A.: I concur.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

tains cas spécifiques, dont celui du paragraphe 42(1) de la Loi qui s'applique lorsque la Commission juge une plainte irrecevable pour les motifs énoncés à l'article 41. J'hésiterais à imposer, par le biais des règles d'équité procédurale, un fardeau que le législateur n'a imposé qu'avec parcimonie dans des cas bien spécifiques.

En conclusion, je suis d'avis que l'appelante, du fait que la Commission ne lui a pas communiqué les observations du Service, n'a pas été traitée par la Commission d'une manière qui respectait, dans les circonstances, les règles d'équité procédurale. Il suffit d'ailleurs d'examiner l'affidavit que la Cour a permis à l'appelante de déposer en cour d'appel et qui contient la réplique qu'elle aurait déposée à l'encontre des observations du Service, les eût-elle connues en temps utile, pour se convaincre que l'appelante n'avait pas eu une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle devait se défendre.

En ce qui a trait à la requête visant l'émission du bref de *mandamus*, il est impossible d'y donner suite. Une semblable requête ne peut être accueillie que si l'organisme visé a le devoir de rendre la décision qu'on lui demande de rendre<sup>16</sup> et en l'espèce il ressort clairement du paragraphe 44(3) [mod., *idem*] de la Loi que le pouvoir de la Commission de rejeter une plainte est discrétionnaire.

L'appel devrait être accueilli en partie, la décision du juge des requêtes relativement à la demande d'émission d'un bref de *certiorari* infirmée, la décision de la Commission en date du 18 avril 1991 annulée et le dossier renvoyé à la Commission pour qu'elle l'examine de nouveau à la lumière de la réplique aux observations du Service que voudra bien lui faire parvenir l'appelante.

L'appelante aura droit aux dépens aussi bien en appel qu'en première instance.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'y souscris.

<sup>16</sup> See *Kahlon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 386 (C.A.); *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.).

<sup>16</sup> Voir *Kahlon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 386 (C.A.); *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.).

T-132-94

T-132-94

**Walter Jerram (Applicant)****Walter Jerram (requérant)**

v.

c.

**The Minister of Agriculture for Canada (Respondent)****a Le Ministre de l'Agriculture du Canada (intimé)***INDEXED AS: JERRAM v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: JERRAM c. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Noël J.—Edmonton, March 9; Ottawa, March 18, 1994.

Section de première instance, juge Noël—Edmonton, 9 mars; Ottawa, 18 mars 1994.

*Animals — Application to quash notice requiring disposal of bull imported from U.K. in 1989 — Health of Animals Act, s. 48 permitting Minister of Agriculture to require disposal of animal suspected of being affected or contaminated by disease — Policy guidelines established providing for destruction of all cattle imported from U.K. since outbreak of bovine disease epidemic in 1982 in U.K. — Applicant's representations specifically addressed — Aim of s. 48 to prevent spread of disease — Concerns of all those potentially affected, including trading partners, relevant in deciding course of action under s. 48, particularly in assessing tolerance level of acceptable risk, once existence of communicable disease established — Applicant not demonstrating decision patently unreasonable — Decision-maker's discretion not fettered by policy decision — As s. 48 requiring only suspicion as basis for exercise of statutory authority, and as grounds to consider statements from owners re: feed content unreliable, reasonable for decision-maker to disregard owner's evidence bull not fed contaminated feed.*

*Animaux — Demande d'annulation de l'avis ordonnant la destruction d'un taureau importé du Royaume-Uni en 1989 — L'art. 48 de la Loi sur la santé des animaux autorise le ministre de l'Agriculture à prendre toute mesure de disposition à l'égard des animaux qui sont contaminés par une maladie ou soupçonnés de l'être — Des lignes directrices prévoient la destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis que l'épidémie d'ESB a frappé ce pays en 1982 — Les observations présentées par le requérant ont été examinées — L'art. 48 vise à éviter la propagation des maladies — Les préoccupations de tous ceux qui pourraient être touchés, y compris les partenaires commerciaux, deviennent pertinentes pour choisir un plan d'action en vertu de l'art. 48 et, en particulier, pour évaluer le niveau de tolérance du risque acceptable, une fois que l'existence d'une maladie transmissible est confirmée — Le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver que la décision qui a été prise était manifestement déraisonnable — L'exercice du pouvoir discrétionnaire par le décideur n'a pas été entravé par la décision de principe — Compte tenu du fait que le fondement de l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 48 est un soupçon et que le décideur était fondé à considérer que les déclarations faites par les propriétaires quant au contenu des aliments n'étaient pas dignes de foi, il pouvait faire abstraction des affirmations de ces derniers voulant que l'animal n'ait pas consommé d'aliments contaminés.*

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Application to quash notice of requirement to destroy bull imported from U.K. in 1989 — Health of Animals Act, s. 48 permitting Minister of Agriculture to require disposal of animal suspected of being affected or contaminated by disease — Policy guidelines established providing for destruction of all cattle imported from U.K. since outbreak of bovine disease epidemic in 1982 in U.K. — Discretion of inspector signing notice of requirement not fettered by policy decision — No evidence decision not based on personal belief — Policy-makers considering consistency in application of policy decision essential to avoid spread of disease — Consistency not evil provided interests in achieving it not prevailing over decision on merits — Quest for consistency not overriding inspector's discretion in deciding whether bull suspected of having disease.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Demande d'annulation de l'avis ordonnant la destruction d'un taureau importé du Royaume-Uni en 1989 — L'art. 48 de la Loi sur la santé des animaux autorise le ministre de l'Agriculture à prendre toute mesure de disposition à l'égard des animaux qui sont contaminés par une maladie ou soupçonnés de l'être — Des lignes directrices prévoient la destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis que l'épidémie d'ESB a frappé ce pays en 1982 — L'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'inspecteur qui a signé l'avis n'a pas été entravé par la décision de principe — Rien ne semble indiquer que la décision n'a pas été prise en fonction d'une conviction personnelle — Les responsables de l'action gouvernementale considéraient que l'uniformité d'application de la décision de principe était indispensable pour empêcher la propagation de l'ESB — L'uniformité n'est pas un mal, pourvu que l'intérêt qu'on a à y parvenir ne l'emporte*

This was an application to quash the notice of requirement compelling the destruction of the applicant's purebred Charolais bull, and for a declaration that it was neither contaminated nor suspected of being contaminated by the disease Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE). The bull was born in the United Kingdom in 1987, and was exported to Canada in 1989. As a result of the BSE epidemic in the U.K., all importations of cattle from the U.K. to Canada were halted effective February 9, 1990. It was subsequently determined that animals imported from the U.K. between 1982 and 1990 posed a greater risk than initially thought, and policy guidelines were established which provided for the destruction of all cattle imported from the U.K. since 1982. Subsequent to that policy decision, the applicant's representations were specifically addressed. The following facts were taken into consideration in concluding that the animal was contaminated by BSE: it was in an age group which had received the highest level of exposure to contaminated feed; it had been in the U.K. for more than a year and a half when the level of contamination was at its peak; its age did not preclude infection from BSE; the evidence did not enable an absolute finding with regard to BSE; the herd from which it had come had had a reported case of BSE, and it was not possible to determine if the cow had had the disease before her arrival on the farm or had developed it afterwards. The applicant alleged that the Minister of Agriculture had erred in determining that the bull was an animal within the definition of *Health of Animals Act*, section 48. That section permits the Minister to require the disposal of an animal where it is suspected of being affected or contaminated by a disease. The applicant argued that (1) subsection 48(1) did not empower the Minister to consider international trade considerations in reaching a decision thereunder; (2) there was no reasonable ground to suspect that this bull or any cattle imported from the U.K. between 1982 and 1990 were infected with BSE; (3) the discretion of the inspector who signed the notice of requirement to destroy the bull was fettered by the policy decision made earlier whereby all cattle imported from the U.K. between 1982 and 1990 were to be destroyed; and (4) because of the policy decision, the inspector, in making his decision, failed to take into account relevant facts, namely evidence indicating that the bull had not been exposed to contaminated feed prior to importation.

*Held*, the application should be dismissed.

Subsection 48(1) is aimed at the prevention of the spread of disease. Any action taken thereunder must be based on a belief

*pas sur l'obligation de décider en fonction des circonstances de l'espèce — L'uniformité recherchée ne neutralise pas le pouvoir discrétionnaire qu'avait l'inspecteur de décider si l'on pouvait soupçonner le taureau d'être contaminé par l'ESB.*

a Il s'agit d'une demande d'annulation de l'avis ordonnant la destruction du taureau de race charolaise appartenant au requérant. Le requérant demande en outre que soit rendu un jugement déclaratoire portant que l'animal n'est pas un animal contaminé par la maladie qu'est l'encéphalopathie spongiforme des bovins (ESB) ni soupçonné de l'être. Le taureau est né au Royaume-Uni en 1987 et il a été exporté au Canada en 1989. Toutes les importations canadiennes de bovins en provenance du Royaume-Uni ont été interrompues le 9 février 1990 par suite de l'épidémie d'ESB qui a frappé ce pays. Par la suite, il a été établi que les animaux en provenance du Royaume-Uni, qui avaient été importés au Canada entre 1982 et 1990, présentaient un risque plus important que ce que l'on croyait initialement. Des lignes directrices, qui prévoient la destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis 1982, ont été adoptées. Après la prise de cette décision de principe, un examen particulier des observations présentées par le requérant a été effectué. Les faits suivants ont été pris en considération pour arriver à la conclusion que l'animal était contaminé par l'ESB: le taureau appartenait à un groupe d'âge dont les membres ont été les plus exposés à des aliments contaminés; il a vécu au Royaume-Uni pendant plus d'un an et demi, à un moment où le niveau de contamination était à son maximum; l'âge qu'il a ne l'empêche pas d'être infecté par l'ESB; la preuve ne permettait pas de tirer une conclusion absolue en ce qui concerne l'ESB; un cas d'ESB a été déclaré dans le troupeau d'origine de l'animal visé et il était impossible de déterminer si la vache avait la maladie avant son arrivée à la ferme ou si elle l'avait contractée par la suite. Le requérant prétendait que le ministre de l'Agriculture avait commis une erreur en décidant que le taureau était un animal visé par la définition prévue à l'article 48 de la *Loi sur la santé des animaux*. En vertu de cet article le ministre peut prendre toute mesure de disposition à l'égard d'un animal soupçonné d'être contaminé par une maladie. Le requérant prétendait que: (1) le paragraphe 48(1) n'habilite pas le ministre à tenir compte de facteurs qui ressortissent au commerce international pour prendre une décision en application de cette disposition; (2) il n'y avait aucun motif raisonnable de soupçonner que le taureau visé ou tout bovin importé au Canada entre 1982 et 1990 en provenance du Royaume-Uni était contaminé par l'ESB; (3) l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'inspecteur qui a signé l'avis ordonnant la destruction du taureau a été entravé par la décision de principe prise antérieurement de détruire tous les bovins importés au Canada entre 1982 et 1990 en provenance du Royaume-Uni; (4) à cause de cette décision de principe, l'inspecteur a omis de tenir compte de facteurs pertinents pour prendre sa décision, en l'occurrence la preuve selon laquelle le taureau n'a pas été exposé à des aliments pour animaux contaminés avant d'être importé au Canada.

*Jugement*: la demande est rejetée.

Le paragraphe 48(1) vise à éviter la propagation de maladies. Toute mesure prise en application de cette disposition doit



or suspicion that an animal has been contaminated by a disease or has been exposed to contamination, and must be aimed at the prevention of the spread of the disease. Consideration of the concerns of Canada's trading partners in the decision to eradicate the possible spread of BSE in Canada was no less consistent with the statutory goal than consideration of concerns regarding the preservation of human life. Once the existence of a communicable disease has been established or is suspected, the concerns of all those potentially affected by its possible spread become relevant in deciding upon a course of action under subsection 48(1), and in particular in assessing the tolerance level of the acceptable risk.

The applicant had not met the onus of demonstrating that the impugned decision had no rational foundation, or was patently unreasonable. While the applicant may take issue with the low level of risk tolerance exhibited by the course of action decided upon, the decision was not made in the absence of a sound factual basis. The bull's origin and age, its possible exposure to contaminated feed, the emerging possibility of lateral transmission of the disease by animals to which it was potentially exposed, the limited scientific knowledge about BSE all supported the suspicion that it may have been contaminated with BSE.

No officer performing a discretionary duty can be bound to assert a belief or a suspicion which he does not hold or have. Nothing, however, suggests that the decision to require disposal of imported cattle was not based on the responsible inspector's personal belief or that he subjugated his discretion by deference to the policy decision. That he agreed to apply the policy decision to the subject bull highlights a coherence of thinking between the policy-makers and the decision-taker. His discretion was not in any way fettered.

Although the evidence as to the bull's exposure to contaminated feed prior to importation, was not sought before the decision was made and was discounted when it was subsequently produced, the decision-makers had evidence from the U.K. authorities indicating that owner declarations as to the absence of contaminated feedstuff in their animal diet during the pre-1989 period could not be relied upon. As the basis for the exercise of the statutory authority under subsection 48(1) is a suspicion, not a belief, and as there were grounds to consider statements emanating from owners with respect to feed content as unreliable even when asserted on the basis of a truthful belief, it was reasonably open to the decision-maker to disregard this type of evidence.

A notice of requirement was upheld by Cullen J. in a similar case because the decision was found to have been effectively made by those who designed the policy decision, and the ex-

reposer sur la conviction ou le soupçon qu'un animal est contaminé par une maladie ou a été en contact avec un animal ou une chose contaminé, et doit avoir pour but la prévention de la propagation de cette maladie. Le fait que les préoccupations des partenaires commerciaux du Canada sont intervenues dans la décision de prévenir la propagation possible de l'ESB au Canada n'est pas moins compatible avec l'objectif poursuivi par le législateur au paragraphe 48(1) que ne le serait, par exemple, la prise en considération de facteurs ayant trait à la préservation de la vie humaine. Dès lors que l'existence d'une maladie transmissible est confirmée ou soupçonnée, les préoccupations de tous ceux qui pourraient être touchés par sa propagation éventuelle deviennent pertinentes pour choisir un plan d'action en vertu du paragraphe 48(1) et, en particulier, pour évaluer le niveau de tolérance du risque acceptable.

Le requérant ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver que la décision qui a été prise n'avait aucun fondement rationnel ou était manifestement déraisonnable. Bien que le requérant puisse contester le bas niveau de tolérance au risque que révèle la solution qui a été adoptée, on ne saurait dire que la décision a été prise en l'absence de faits solides. L'origine et l'âge du taureau, le fait qu'il a peut-être été exposé à des aliments contaminés, la possibilité naissante d'une transmission latérale de la maladie par des animaux avec lesquels il peut avoir été en contact et les connaissances scientifiques limitées sur l'ESB sont tous des facteurs qui renforcent le soupçon que le taureau du requérant pourrait être contaminé par l'ESB.

Aucun fonctionnaire qui exerce une fonction discrétionnaire ne peut être tenu de professer une conviction ou de faire peser un soupçon qu'il n'a pas. Toutefois, rien ne semble indiquer que l'inspecteur n'a pas pris sa décision en fonction d'une conviction personnelle ou qu'il a subordonné l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à la décision de principe. Le fait qu'il a accepté d'appliquer la décision de principe au taureau visé reflète plutôt une unité de vues des responsables de l'action gouvernementale et de l'auteur de la décision. En conséquence, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'inspecteur n'a aucunement été entravé.

Bien qu'on n'ait pas cherché à obtenir, avant de prendre la décision, la preuve que le taureau a été en contact avec des aliments contaminés avant d'être importé et qu'on n'en a pas tenu compte après la production de cette preuve, les auteurs de la décision avaient obtenu des autorités britanniques des renseignements selon lesquels les déclarations faites par les propriétaires relativement à l'absence d'aliments contaminés dans la nourriture donnée à leurs animaux au cours des années antérieures à 1989 n'étaient pas dignes de foi. Compte tenu du fait que le fondement de l'exercice du pouvoir conféré par le paragraphe 48(1) de la Loi est un soupçon, et non une conviction, et que l'auteur de la décision était fondé à considérer que les déclarations faites par les propriétaires quant au contenu des aliments n'étaient pas dignes de foi, en dépit de leur sincérité, il semble que l'on pouvait valablement faire abstraction de ce type de preuve.

Dans une affaire similaire, le juge Cullen a confirmé la décision attestée par l'avis, car il a estimé que la décision avait en réalité été prise par ceux qui avaient pris la décision de prin-

cution of the notice of disposal merely reflected a step in the implementation process which did not call for the exercise of discretion. The discretion of the signatory of the notice could not have been fettered by the prior policy decision, as he had no discretion left to exercise when he executed the notice. Cullen J. would have intervened had he not found that the discretion underlying the decision had been exercised at the policy level. Each case must, however, be decided on its own facts. The inspector was the decision-maker for the purposes of judicial review and he was vested with the required statutory authority. A policy decision is no decision, in the legal sense, until it has formally been made to apply to a specified case by reference to the particular statutory provision which authorizes it. The inspector agreed with, rather than being fettered by, the policy decision.

Adherence to a policy decision of general application in a specific case cannot alone invalidate a decision. Two aspects of policy directives which may be subject to judicial scrutiny are (1) whether the policy guidelines are consistent with the administrative authority granted by legislation and regulations; and (2) whether they are in practice used for guidance by those who have responsibility for discretionary decisions, or are they relied upon, in the interests of consistency, as a basis for decisions without considering all factors that should be taken into account in reaching discretionary decisions. The policy decision was consistent with the authority granted by the legislation. The decision-maker was not compelled to do anything by virtue of the policy decision other than to apply it if it conformed with his own judgment as to how the particular matter before him was to be dealt with having regard to the relevant circumstances. In this instance, consistency in the application of the policy decision was considered essential to eradicate the spread of BSE in Canada. Consistency, as such, is not an evil so long as the interests in achieving it are not made to prevail over the decision-maker's ultimate task which is to decide the matter before him on its own merits. The quest for consistency by the policy-makers did not override the decision-maker's discretion in deciding whether the bull could be suspected of contamination with BSE.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Health of Animals Act*, S.C. 1990, c. 21, ss. 33, 48(1).  
*Seeds Act*, R.S.C., 1985, c. S-8, s. 4(1)(c).  
*Seeds Regulations*, C.R.C., c. 1400, s. 52(2)(d),(e) (as amended by SOR/80-517, s. 2).

cipe, et que la signature de l'avis était simplement une étape du processus de mise en œuvre qui ne requérait pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'exercice du pouvoir discrétionnaire du signataire de l'avis ne pouvait pas avoir été entravé par la décision de principe prise antérieurement étant donné qu'il n'y avait plus aucun pouvoir discrétionnaire à exercer lorsque l'avis a été signé. Le juge Cullen aurait été porté à intervenir n'eût été le fait que, selon lui, le pouvoir discrétionnaire qui sous-tendait la décision avait déjà été exercé à l'étape de la prise de la décision de principe. Toutefois, chaque affaire doit être jugée en fonction des circonstances de l'espèce. Dans le contexte du contrôle judiciaire, l'inspecteur est celui qui a pris la décision, et il était investi du pouvoir légal requis à cette fin. Une décision de principe n'est pas une décision au sens juridique tant qu'on ne l'a pas officiellement appliquée à un cas particulier en s'autorisant de la disposition législative pertinente. L'inspecteur souscrivait à la décision de principe, il n'était pas entravé par celle-ci.

Le fait de donner son adhésion à une décision de principe d'application générale dans un cas particulier ne peut, en soi, avoir pour conséquence d'invalider une décision. Deux aspects des énoncés de politique ou des directives peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire: (1) la question de savoir si les lignes directrices sont conformes au pouvoir administratif conféré par la loi et les règlements; (2) et, dans la pratique, si elles servent de guide aux personnes chargées de prendre des décisions de nature discrétionnaire ou si on s'appuie sur elles, à des fins d'uniformité, pour fonder des décisions sans tenir compte de tous les facteurs qui devraient être pris en considération pour prendre des décisions de nature discrétionnaire. La décision de principe est compatible avec le pouvoir conféré par la loi. L'auteur de la décision n'a pas été contraint de faire quoi que ce soit, en vertu de la décision de principe, si ce n'est l'appliquer si elle s'accordait avec sa propre conception de la solution à apporter à la question particulière qu'il devait trancher eu égard aux circonstances pertinentes. Dans la présente espèce, l'uniformité d'application de la décision de principe était jugée indispensable pour empêcher la propagation de l'ESB au Canada. L'uniformité, en tant que telle, n'est pas un mal, pourvu que l'intérêt qu'on a à y parvenir ne l'emporte pas sur la tâche ultime du décideur, qui est de trancher la question au fond. L'uniformité recherchée par les responsables de l'action gouvernementale n'a pas neutralisé le pouvoir discrétionnaire qu'avait le décideur de déterminer si l'on pouvait soupçonner le taureau du requérant d'être contaminé par l'ESB.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21, art. 33, 48(1).  
*Loi sur les semences*, L.R.C. (1985), ch. S-8, art. 4(1)c).  
*Règlement sur les semences*, C.R.C., ch. 1400, art. 52(2)d), e), (mod. par DORS/80-517, art. 2).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Griffin v. Canada* (1989), 39 Admin. L.R. 215; 26 F.T.R. 185 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*David Hunt Farms Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, T-153-94, Cullen J., order dated 10/3/94, F.C.T.D., not yet reported.

APPLICATION to quash the notice requiring that the applicant's bull, imported from the U.K., be destroyed. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Bruce G. Macdonald* for applicant.  
*Barbara Ritzen* for respondent.

## SOLICITORS:

*Macdonald & Freund*, Edmonton, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

NOËL J.: This is an application for a writ of *certiorari* or an order in the nature of *certiorari* quashing the notice of requirement dated 12 January 1994 compelling the disposal of the purebred Charolais bull known as "Thrunton Captain" (Captain). The applicant also seeks a declaration that Captain, bearing identification #1K64075 and tattoo DHG C13, is not an animal contaminated or suspected of being contaminated by the disease Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE) and has not been in contact or is not suspected of having been in contact with other BSE infected animals.

The application is based on the ground that the Minister of Agriculture (the "Minister") erred in determining that Captain was an animal within the definition of subsection 48(1) of the *Health of Animals Act*, S.C. 1990, c. 21 (hereinafter the "Act"). This section reads as follows:

48. (1) The Minister may dispose of an animal or thing, or require its owner or any person having the possession, care or control of it to dispose of it, where the animal or thing

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Griffin c. Canada* (1989), 39 Admin. L.R. 215; 26 F.T.R. 185 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*David Hunt Farms Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, T-153-94, ordonnance du juge Cullen en date du 10-3-94, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

DEMANDE d'annulation de l'avis ordonnant la destruction d'un taureau importé du Royaume-Uni qui appartenait au requérant. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Bruce G. Macdonald* pour le requérant.  
*Barbara Ritzen* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Macdonald & Freund*, Edmonton, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE NOËL: La présente demande vise à obtenir un bref de *certiorari* ou une ordonnance qui participe du *certiorari* pour faire annuler l'avis en date du 12 janvier 1994 par lequel le ministre a ordonné la destruction du taureau de race charolaise appelé «Thrunton Captain» (Captain). Le requérant demande en outre que soit rendu un jugement déclaratoire portant que Captain, qui est identifié par le numéro 1K64075 et le tatouage DHG C13, n'est pas un animal contaminé par la maladie qu'est l'encéphalopathie spongiforme des bovins (ESB) ni soupçonné de l'être, et n'a pas été en contact avec des animaux contaminés par l'ESB et n'est pas soupçonné de l'avoir été.

Le motif invoqué au soutien de la demande est que le ministre de l'Agriculture (le «ministre») a conclu à tort que Captain était un animal visé par le paragraphe 48(1) de la *Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21 (ci-après la «Loi»). Cette disposition est ainsi rédigée:

48. (1) Le ministre peut prendre toute mesure de disposition, notamment de destruction—ou ordonner à leur propriétaire, ou à la personne qui en a la possession, la responsabilité ou la

(a) is, or is suspected of being, affected or contaminated by a disease or toxic substance;

(b) has been in contact with or in close proximity to another animal or thing that was, or is suspected of having been, affected or contaminated by a disease or toxic substance at the time of contact or close proximity; or

(c) is, or is suspected of being, a vector, the causative agent of a disease or a toxic substance.

The applicant submits that the decision of the Minister is erroneous in law; in the alternative, he states that there was no evidence to make such a finding or that the finding was based on improper and irrelevant considerations. It is also submitted that the decision is void for want of jurisdiction as the Minister was in error as to the factual basis of the decision.

#### APPLICANT'S EVIDENCE

The position of Walter Jerram is supported by a number of affidavits. In his own affidavit, Mr. Jerram states that he purchased Captain at an auction in Perth, Scotland in October 1988. Captain was born on 13 June 1987 on Thurnton Farms, Northumberland, England. He left Thurnton Farms on 5 February 1989 for export. After quarantine Captain was brought to Jerram's farm in Alberta. Mr. Jerram states that he has never had a case of BSE infection on his farm and that he has never fed any unrendered animal protein to his herd. The herd is fed only grass, silage and grain. Captain has remained on Jerram's farm since his arrival in Canada; he is the only imported animal in the herd and he has never been in contact with other animals except the herd itself. Mr. Jerram states that Dr. John Hee certified that Captain is free from demonstrable contagious or infectious disease.

The breeder of Captain was Mr. Colin Campbell of Thurnton Farms, Northumberland. His affidavit evidence is that Captain was under his care from the date of his birth to his delivery to the shipping agents Stanford Livestock International Limited for export to Canada on 5 February 1989. Feed from the farm

charge des soins, de le faire—à l'égard des animaux ou choses qui:

a) soit sont contaminés par une maladie ou une substance toxique, ou soupçonnés de l'être;

b) soit ont été en contact avec des animaux ou choses de la catégorie visée à l'alinéa a) ou se sont trouvés dans leur voisinage immédiat;

c) soit sont des substances toxiques, des vecteurs ou des agents causant des maladies, ou sont soupçonnés d'en être.

Le requérant prétend que la décision du ministre est entachée d'une erreur de droit; subsidiairement, il affirme que rien ne permettait de tirer pareille conclusion ou qu'on l'a tirée à partir de considérations inopportunes et dénuées de pertinence. De plus, il prétend que la décision est sans effet pour défaut de compétence étant donné que le ministre était dans l'erreur quant aux faits sur lesquels repose la décision.

#### PREUVE DU REQUÉRANT

Plusieurs affidavits ont été produits au soutien de la thèse de Walter Jerram. Dans son propre affidavit, le requérant déclare qu'il a acheté Captain lors d'une vente aux enchères à Perth, en Écosse, au mois d'octobre 1988. L'animal est né le 13 juin 1987 à Thurnton Farms, Northumberland, Angleterre. Il a quitté cette exploitation agricole le 5 février 1989 pour être exporté. Après une mise en quarantaine, on l'a amené à la ferme de M. Jerram, en Alberta. Selon M. Jerram, il n'y a jamais eu d'animaux contaminés par l'ESB sur sa ferme et son troupeau n'a jamais consommé de déchets de viande non traités. Le bétail ne mange que de l'herbe, de l'ensilage et des grains. Captain vit sur la ferme du requérant depuis son arrivée au Canada; c'est le seul animal importé du troupeau et il n'a jamais été en contact avec d'autres animaux sauf ceux du troupeau même. D'après M. Jerram, le docteur John Hee a attesté que Captain n'a aucune maladie infectieuse ou contagieuse démontrable.

M. Colin Campbell de Thurnton Farms, Northumberland, a été l'éleveur de Captain. Dans son témoignage sous forme d'affidavit, il déclare qu'il a pris soin de Captain de la date de sa naissance jusqu'au 5 février 1989, date à laquelle le taureau a été remis à l'entreprise d'expédition Stanford Livestock Interna-

was provided to be used *en route* to Canada to feed Captain.

Captain was isolated from 3 January 1989 to 5 February 1989 in the quarantine station supervised by the Minister of Agriculture, Fisheries and Food of the United Kingdom on the premises of the farm. During his quarantine Captain could not have been in contact with any other animal.

Thrunton Farms did not ever have animal based protein feed supplements on the farm or in the quarantine station. The Charolais cattle are only fed natural foods; they graze on grass during the summer months and during the winter months, they are fed silage and hay supplemented by a home mix ration containing oats, barley, peas, molasses beet pulp, wheat bran, flaked maize and soya bean mixed on the farm from original unmixed ingredients.

Mr. Campbell was the owner of the bull in England. He advised that he has been breeding pedigree Charolais cattle for nineteen years, and the Charolais herd has never had a case of BSE infection. Mr. Campbell stated that the only case of BSE infection was found in a Fricisian/Holstein cow purchased for suckling purposes in the commercial beef herd on 7 September 1989, well after the departure of Captain.

Mr. W. A. Clark of Alnwick, Northumberland, doctor of veterinary medicine, confirmed by affidavit evidence that no case of BSE has ever been recorded in the Charolais herd on Thrunton Farms and that only one case of BSE infection was recorded in a cow purchased for suckling purposes after Captain's departure. This cow was slaughtered on 25 September 1992.

Mr. Clark further certified that the Thrunton Farms herd has never been fed any animal protein and that all concentrated rations fed to their herd is mixed on the farm from "straights". The quarantine facilities on the Thrunton Farms and the isolation of Captain while in that quarantine area were also confirmed.

tional Limited pour fins d'importation au Canada. Le fourrage donné à Captain pendant le transport provenait de Thrunton Farms.

*a* Entre le 3 janvier 1989 et le 5 février 1989, Captain a été isolé dans le poste de quarantaine supervisé par le ministère britannique de l'Agriculture, des Pêches et de l'Alimentation, situé sur la ferme même. Durant cette quarantaine, il est impossible qu'il ait été en contact avec un autre animal.

*c* Il n'y a jamais eu de compléments protéiques d'origine animale à Thrunton Farms, que ce soit sur la ferme ou dans le poste de quarantaine. Les bovins de race charolaise consomment uniquement des aliments naturels: pendant l'été, on les met au pâturage et pendant l'hiver, on leur donne de l'ensilage et du foin que l'on complète avec une ration qui consiste en un mélange d'avoine, d'orge, de pois, de mélasse de pulpe de betterave, de son de blé, de maïs en flocons et de soja préparé sur place avec des ingrédients purs.

*e* M. Campbell était le propriétaire du taureau en Angleterre. Il fait remarquer qu'il élève des bovins de race charolaise depuis dix-neuf ans et qu'aucun animal de ce troupeau n'a jamais contracté l'ESB. Selon M. Campbell, le seul cas d'ESB a été une vache Fricisian-Holstein du troupeau commercial qu'il a achetée pour l'allaitement le 7 septembre 1989, bien après le départ de Captain.

*g* Dans son témoignage par affidavit, M. W. A. Clark d'Alnwick, Northumberland, qui est docteur en médecine vétérinaire, confirme qu'il n'y a jamais eu aucun cas d'ESB dans le troupeau de bœufs charolais de Thrunton Farms, et qu'une seule vache, achetée pour l'allaitement après le départ de Captain, a contracté cette maladie. Elle a été abattue le 25 septembre 1992.

*i* Par ailleurs, M. Clark atteste que le troupeau de Thrunton Farms n'a jamais été nourri avec des protéines animales et que toutes les rations concentrées qui sont données au troupeau sont mélangées à la ferme à partir d'ingrédients purs. Il confirme aussi l'existence des installations de quarantaine de Thrunton Farms et l'isolement de Captain pendant qu'il se trouvait dans cette zone.

Mr. Richard Beale is an officer of the company Stanford Livestock International Limited (SLIL). He stated by affidavit that SLIL was the export agent of Captain. The bull was picked up at Thrunton Farms on 5 February 1989 by the agents of SLIL and transported to a lairage approved by the Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, located at Great Bramshott Farm, Cove Road, Fleet, Hants. The bull was transported to Heathrow Airport on the morning of 6 February 1989 and loaded on flight AC857/571 to Toronto and Edmonton.

The policy of SLIL is that cattle transported by air are to be fed only hay, which in the case of Captain was obtained from Thrunton Farms. Mr. Beale states that he also contacted Mr. Edward Harper, who in February 1989 was the manager of the transport company owning the lairage at Great Bramshott Farm, who confirmed that no concentrates were ever used in the lairage.

Philip Robert Scott is a veterinary surgeon under the laws of Scotland. He submitted in his affidavit evidence that the BSE in the United Kingdom originated from infected concentrate cattle feed containing ruminant-derived protein in the form of meat and bone meal. He states that there is very little epidemiological evidence to indicate transmissions of BSE from cattle to cattle (horizontal transmission) or from dams to their offspring (vertical transmission). In addition, he stated that the incidence of BSE manifestation is markedly decreased in cattle aged six or over.

Mr. Scott outlined a number of factors to consider in the risk assessment of BSE cattle:

- (a) the nature of the originating herd;
- (b) whether cattle were born on the farm of origin;
- (c) the BSE status of the dam (mother);
- (d) the cattle's exposure to contaminated ruminant derived protein in feed; and
- (e) the health of the cattle themselves.

M. Richard Beale est un dirigeant de la société Stanford Livestock International Limited (SLIL). Dans son affidavit, il déclare que SLIL était l'agent exportateur de Captain. Des représentants de la société ont ramassé le taureau à Thrunton Farms le 5 février 1989 et l'ont amené dans des locaux d'attente approuvés par le ministère de l'Agriculture, des Pêches et de l'Alimentation, situés à Great Bramshott Farm, Cove Road, Fleet, Hants. Dans la matinée du 6 février 1989, ils ont amené le taureau à l'aéroport de Heathrow et lui ont fait prendre le vol AC857/571 pour Toronto et Edmonton.

SLIL a pour règle de nourrir les bovins qui sont transportés par avion avec du foin seulement; dans le cas de Captain, ce foin provenait de Thrunton Farms. M. Beale affirme qu'il a en outre contacté M. Edward Harper qui était, en février 1989, le directeur de l'entreprise de transport à laquelle appartenaient les locaux d'attente situés à Great Bramshott Farm. Ce dernier a confirmé qu'on n'avait jamais utilisé aucun concentré dans ces locaux.

M. Philip Robert Scott est un médecin vétérinaire en vertu des lois d'Écosse. Dans son témoignage sous forme d'affidavit, il déclare que l'ESB, au Royaume-Uni, a été transmise par des concentrés infectés qui renfermaient des protéines issues de ruminants sous forme de farine d'os et de viande. Selon lui, il y a fort peu de preuves épidémiologiques au sujet de la transmission de la maladie d'un bovin à un autre (transmission horizontale) ou d'une mère à sa descendance (transmission verticale). Il déclare en outre que les cas d'ESB sont nettement moins fréquents chez les animaux âgés de six ans ou plus.

M. Scott fait état de plusieurs facteurs dont il convient de tenir compte pour évaluer le risque d'ESB que présentent des bovins:

- a) la nature du troupeau d'origine;
- b) la question de savoir si les bovins sont nés sur la ferme d'origine;
- c) le statut de la mère pour ce qui est de l'ESB;
- d) l'exposition des bovins à des aliments contenant des protéines contaminées issues de ruminants; et
- e) la santé des bovins mêmes.

He further submits that the risk of cattle being infected with BSE agent is negligible if the breeder of the herd can confirm that:

- (a) no BSE was suspected or confirmed at any time in the breeder herd;
- (b) the mothers of the cattle in question were not exposed to ruminant-derived protein;
- (c) that the cattle in question were not fed or exposed to ruminant-derived protein;
- (d) the cattle in question were not offspring of female cattle suspected or confirmed to have BSE; and that
- (e) the shipper transferring the cattle did not feed the cattle with ruminant-derived protein.

Mr. Scott states that pursuant to having examined the affidavits of Mr. Campbell and Mr. Clark, he is of the opinion that there can be no reasonable suspicion that the Charolais bull Captain has been infected with BSE.

#### RESPONDENT'S EVIDENCE

The position of the Minister of Agriculture is supported by the affidavit evidence of Dr. John Kellar, the Associate Director, Disease Control Section, Animal Health Division, Food Production and Inspection Branch, of the Department of Agriculture and Agri-Food Canada. Dr. Kellar provided details as to the policy of the Department of Agriculture with regard to animal disease and in particular the history and policies regarding BSE both in the United Kingdom and in Canada.

His affidavit reveals that as a result of the BSE epidemic in the U.K., all importations of cattle from the U.K. to Canada were halted as of 9 February 1990. As of September 1993, Dr. Kellar and his colleagues from the Animal Health Division requested additional information from the U.K. This information led them to believe that the cattle imported from the U.K. between 1982 and 1990 posed a greater risk than initially thought. Dr. Kellar states that based on his epidemiological knowledge and experience, he was convinced that the distribution of infection with BSE was not fully reflected by the number of animals showing clinical symptoms of BSE. He further points

En outre, il prétend que le risque de contamination des bovins par l'ESB est négligeable si l'éleveur du troupeau est en mesure de confirmer les faits suivants:

- a) la présence de l'ESB n'a jamais été soupçonnée ni confirmée dans son troupeau;
- b) les mères des bovins n'ont pas été exposées à des protéines issues de ruminants;
- c) les bovins n'ont pas consommé de protéines issues de ruminants, ni été exposés à celles-ci;
- d) les bovins ne sont pas les descendants de vaches contaminées par l'ESB ou soupçonnées de l'être;
- e) l'expéditeur qui a transporté les bovins ne leur a pas donné de protéines issues de ruminants.

M. Scott indique qu'il a examiné les affidavits de MM. Campbell et Clark et que, selon lui, on ne peut raisonnablement soupçonner le taureau de race charolaise Captain d'être contaminé par l'ESB.

#### PREUVE DE L'INTIMÉ

La thèse du ministre de l'Agriculture est appuyée par le témoignage sous forme d'affidavit de M. John Kellar, directeur associé, Section de la lutte contre les maladies, Division de la santé des animaux, Direction générale de la production et de l'inspection des aliments, du ministère fédéral de l'Agriculture et de l'Agro-alimentaire. Dans son affidavit, M. Kellar fournit des précisions sur la politique du ministère de l'Agriculture relativement aux maladies animales et, en particulier, sur l'historique de l'ESB ainsi que sur les mesures prises à l'égard de cette maladie au Royaume-Uni et au Canada.

Il ressort de cet affidavit que toutes les importations canadiennes de bovins en provenance du Royaume-Uni ont été interrompues le 9 février 1990 par suite de l'épidémie d'ESB qui a frappé ce pays. En septembre 1993, M. Kellar et ses collègues de la Division de la santé des animaux ont demandé un complément d'information aux autorités britanniques. Les renseignements qu'ils ont obtenus les ont amenés à croire que les bovins en provenance du Royaume-Uni qui avaient été importés au Canada entre 1982 et 1990 présentaient un risque plus important qu'ils ne l'avaient d'abord pensé. M. Kellar déclare que, compte tenu de ses connaissances et de

out that the post-mortem analysis of animals did not disclose the presence of BSE in cattle before the onset of overt clinical symptoms. In the absence of a method to diagnose BSE prior to the onset of the disease symptoms, Dr. Kellar assumed that the rate of actual infection may be many times higher than which had been evidenced by those animals which actually exhibited the symptoms of BSE.

son expérience épidémiologiques, il était convaincu que le nombre d'animaux ayant des symptômes cliniques de la maladie n'était pas entièrement représentatif de la dispersion de la contamination par l'ESB. Il fait aussi remarquer que les analyses d'autopsie qui ont été faites sur des animaux n'ont pas permis de déceler la présence de la maladie avant l'apparition de symptômes cliniques manifestes. Comme il n'existe aucune méthode pour diagnostiquer l'ESB avant l'apparition des symptômes de la maladie, M. Kellar a présumé que le taux réel de contamination pouvait être beaucoup plus élevé que celui qui avait été établi à partir des animaux qui présentaient effectivement ces symptômes.

In November 1993, a beef cow imported from Great Britain in January 1987 and residing in Alberta was euthanized after showing symptoms of BSE. These symptoms were confirmed. Further to this occurrence, Dr. Kellar and his colleagues set out to develop appropriate measures to deal with BSE. They outlined the following control measures by 8 December 1993:

En novembre 1993, une vache de provenance britannique qui avait été importée en Alberta en janvier 1987 a été abattue après qu'on eut décelé les symptômes de la maladie. Ces symptômes ont été confirmés. Après cet incident, M. Kellar et ses collègues ont entrepris d'élaborer des mesures propres à éliminer l'ESB. Les mesures de contrôle suivantes avaient été arrêtées au 8 décembre 1993:

- (a) The carcass of the diseased cow had been disposed of by incineration.
- (b) The herd in which the diseased cow was residing had been quarantined.
- (c) The five cattle remaining in Canada which originated from the same herd in the United Kingdom as the diseased cow and which were imported with that cow in the same shipment were to be destroyed and incinerated.
- (d) All remaining cattle imported from the U.K. since 1982 were to be monitored further.

- a) la carcasse de la vache malade avait été incinérée;
- b) le troupeau au sein duquel vivait la vache malade avait été mis en quarantaine;
- c) les cinq bovins qui avaient été importés au Canada en même temps que la vache malade et qui provenaient du même troupeau qu'elle au Royaume-Uni devaient être détruits et incinérés;
- d) tous les autres bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis 1982 devaient continuer de faire l'objet d'une surveillance.

On 10 December 1993, Agriculture Canada contacted its trading partners to explain the measures taken. The Animal Health Division further held consultations between 8 December 1993 and 16 December 1993 to address the issue of the remaining cattle imported from the U.K. between 1982 and 1990. Scientists from Agriculture Canada, Canada's key trading partners including the United States, New Zealand, Mexico, Australia and Japan, as well as the animal health authorities in the U.K. were contacted.

Le 10 décembre 1993, Agriculture Canada s'est mis en rapport avec ses partenaires commerciaux pour leur expliquer les mesures prises. De plus, la Division de la santé des animaux a tenu, entre le 8 décembre 1993 et le 16 décembre 1993, des consultations pour étudier la question des autres bovins en provenance du Royaume-Uni qui avaient été importés au Canada entre 1982 et 1990. Des scientifiques d'Agriculture Canada, les principaux partenaires commerciaux du Canada, dont les États-Unis, la Nouvelle-Zélande, le Mexique, l'Australie et le Japon, de même que les responsables britanniques de la santé animale ont été contactés.



The inquiries in the U.K. revealed the following information: prior to June 1988, cases of suspected or confirmed BSE were not required to be reported to animal health authorities; the reporting of such cases since 1988 is purely on a voluntary basis; prior to July 1988 there were no controls on the movement of contaminated feedstuffs; the animal health authorities found that declarations by owners to the effect that contaminated feedstuffs were not consumed by their animals proved inaccurate for a variety of reasons: improper labelling, the lack of awareness of minor ingredients such as vitamins/mineral supplements, memory lapses. Furthermore, ongoing research seemed to indicate a possibility that BSE was a disease transmissible between cattle.

On or about 14 December 1993, Dr. Kellar and his colleagues established policy guidelines which provided for, *inter alia*, the destruction of all cattle imported from the U.K. since 1982. Dr. Z. Petran, an inspector under the *Health of Animals Act*, and the Animal Health Program Manager of the Alberta Regional Office was advised of these policy decisions on 17 December 1993. On 20 December 1993, the managers of the regional offices, including Dr. Petran, were provided with a form letter for distribution to the owners of U.K. imported cattle. This letter notified the owners of the pending implementation of the control measures to eliminate BSE. All of the cattle in question were to be exterminated by 31 January 1994.

Dr. Kellar states that he and his colleagues at the Animal Health Division concluded prior to 16 December 1993, based on the information obtained that the cattle population imported from the U.K. from 1982 onwards formed a homogeneous group in terms of their suspected exposure to BSE, regardless of their individual circumstances.

Dr. Kellar further states that subsequent to their policy decision regarding all cattle from the U.K., he and his colleagues specifically addressed the repre-

Voici ce que les renseignements pris au Royaume-Uni ont permis d'apprendre: avant juin 1988, les cas d'animaux contaminés par l'ESB ou soupçonnés de l'être n'avaient pas besoin d'être déclarés aux responsables de la santé animale; depuis 1988, la déclaration de ces cas est purement volontaire; avant le mois de juillet 1988, il n'y avait aucun contrôle à l'égard du mouvement des aliments pour animaux contaminés; les responsables de la santé animale se sont aperçus que les déclarations des propriétaires selon lesquelles leurs animaux n'avaient pas consommé de la nourriture contaminée étaient inexactes pour diverses raisons: mauvais étiquetage, ignorance de la présence d'ingrédients en faible quantité comme des compléments minéraux et vitaminiques, trous de mémoire. En outre, la recherche en cours semblait indiquer que l'ESB pouvait être une maladie transmissible entre bovins.

Le 14 décembre 1993 ou vers cette date, M. Kellar et ses collègues ont adopté des lignes directrices qui prévoyaient entre autres la destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni depuis 1982. M. Z. Petran, qui est un inspecteur nommé en application de la *Loi sur la santé des animaux* et le gestionnaire du programme d'hygiène vétérinaire du bureau régional de l'Alberta, a été avisé de ces décisions de principe le 17 décembre 1993. Le 20 décembre 1993, les gestionnaires des bureaux régionaux, dont M. Petran, ont reçu une lettre type pour fins de distribution aux propriétaires de bovins de provenance britannique. Cette lettre annonçait aux propriétaires la mise en œuvre prochaine des mesures de contrôle destinées à éliminer l'ESB. Tous les bovins concernés devaient être exterminés au plus tard le 31 janvier 1994.

M. Kellar déclare que ses collègues de la Division de la santé des animaux et lui-même ont conclu avant le 16 décembre 1993, à partir des renseignements qui avaient été recueillis, que les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni à partir de 1982 formaient un groupe homogène pour ce qui est de l'exposition soupçonnée à la maladie, indépendamment de leurs antécédents particuliers.

M. Kellar déclare en outre qu'après avoir pris cette décision de principe au sujet de tous les bovins de provenance britannique, ses collègues et lui-même

sentations made by the owners of Captain. Based on the particular evidence pertaining to Captain, they confirmed their suspicion that this bull was affected or contaminated by BSE. The basis for their conclusion was:

- (a) The bull was resident in the U.K. from its birth in 1987 placing him in an age group which, as young animals, received the highest level of exposure to contaminated feed.
- (b) The bull was in the U.K. for a period of more than a year and a half when the level of contamination was at its peak.
- (c) The bull will be 7 years of age in 1994, an age that does not preclude infection from BSE. Dr. Kellar disagrees with Mr. Scott's conclusion that an animal of seven or eight years of age would have exhibited signs of BSE by that age.
- (d) The evidence of Mr. Campbell does not enable Dr. Kellar to make an absolute finding with regard to BSE.
- (e) The same limitations apply to the testimony of Mr. Beale.
- (f) The herd from where Captain came from has reported a case of BSE and it is not possible to determine if the cow had the disease before her arrival on the farm or developed it afterwards.

Dr. Petran also related, by affidavit evidence, the history of diseases including scrapie and BSE in the U.K. and Canada. Dr. Petran signed and delivered a notice of requirement to dispose of animals under subsection 48(1) of the *Health of Animals Act* to the applicant in this matter on 13 January 1994.

Both Dr. Kellar's and Dr. Petran's affidavit discuss the trade impact of BSE for Canada, the discussions which Canada had with its main trading partners in this regard, as well as the measures adopted to reassure the international community. The destruction of all cattle imported from the U.K. between 1982 and 1990 was one of those measures.

#### ANALYSIS

The applicant contends that:

ont plus particulièrement examiné les observations présentées par le propriétaire de Captain. À partir de cette preuve, ils ont confirmé qu'ils soupçonnaient ce taureau d'être contaminé par l'ESB. Voici les éléments sur lesquels reposait leur conclusion:

- a) Ce taureau est né au Royaume-Uni en 1987 et appartenait de ce fait à un groupe d'âge dont les membres ont été, jeunes bovins, les plus exposés à des aliments contaminés.
- b) Il a vécu au Royaume-Uni pendant plus d'un an et demi, à un moment où le niveau de contamination était à son maximum.
- c) Il aura sept ans en 1994, et cet âge ne l'empêche pas d'être infecté par l'ESB. M. Kellar ne souscrit pas à la conclusion de M. Scott selon laquelle un animal de sept ou huit ans aurait montré des signes de la maladie à cet âge.
- d) La preuve produite par M. Campbell ne permet pas à M. Kellar de tirer une conclusion absolue en ce qui concerne l'ESB.
- e) Les mêmes restrictions s'appliquent au témoignage de M. Beale.
- f) Un cas d'ESB a été déclaré dans le troupeau d'origine de Captain, et il n'est pas possible de déterminer si la vache avait la maladie avant son arrivée à la ferme ou si elle l'a contractée par la suite.

Dans son témoignage sous forme d'affidavit, M. Petran parle aussi des antécédents de certaines maladies, dont la tremblante du mouton et l'ESB, au Royaume-Uni et au Canada. Le 13 janvier 1994, il a ordonné la destruction de Captain dans un avis qu'il a signé et donné au requérant en application du paragraphe 48(1) de la *Loi sur la santé des animaux*.

Dans leurs affidavits, MM. Kellar et Petran font tous deux état de l'incidence commerciale de l'ESB sur le Canada, des entretiens que le Canada a eus à ce sujet avec ses principaux partenaires commerciaux, de même que des mesures prises pour rassurer la communauté internationale. La destruction de tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni entre 1982 et 1990 était l'une de ces mesures.

#### ANALYSE

Le requérant prétend que:

- (1) on the face of it, subsection 48(1) does not provide the statutory authority for the decision made;
- (2) the decision was reached on the basis of irrelevant considerations;
- (3) the decision was made in the absence of any reasonable ground to suspect that the subject bull had been contaminated with BSE;
- (4) the discretion of the decision-maker was fettered by the policy decision made in December of 1993 to destroy all cattle imported from Great Britain during the period of 1982 to 1990.

Dealing with the first issue, the notice of requirement reads in part that Captain is:

... suspected of

being affected or contaminated by the disease Bovine Spongiform Encephalopathy, or

having been in contact with or in close proximity to another animal or thing that was or is suspected of having been affected or contaminated by the disease Bovine Spongiform Encephalopathy at the time of being in contact or close proximity.

The applicant takes issue with the second paragraph quoted above, and specifically takes the position that subsection 48(1) does not envision the grant of the statutory power contemplated therein on the basis of a double suspicion.

Admittedly, the notice of requirement could have been better worded. However, I do not believe that anything turns on this. Quite clearly, the notice of requirement is based on the suspicion that Captain had been contaminated with BSE, or alternatively that Captain had been in contact or close proximity to an animal or thing suspected of having been contaminated with BSE. This is what subsection 48(1) contemplates and I do not believe that it can be said that the Minister was misguided in the exercise of his statutory authority by reference to the wording of the notice of requirement.

Turning to the second argument, the applicant contends that subsection 48(1) does not empower the Minister to take into account international trade considerations in reaching a decision thereunder. In support of this contention, the applicant refers to subsec-

- (1) à première vue, le paragraphe 48(1) de la Loi n'accorde pas le pouvoir de prendre la décision qui a été prise;
- (2) la décision a été prise en fonction de considérations dénuées de pertinence;
- (3) la décision a été prise en l'absence de tout motif raisonnable de soupçonner que le taureau visé par l'avis était contaminé par l'ESB;
- (4) l'exercice du pouvoir discrétionnaire du décideur a été entravé par la décision de principe qui a été prise en décembre 1993 de détruire tous les bovins importés au Canada entre 1982 et 1990 en provenance de la Grande-Bretagne.

En ce qui concerne la première prétention, l'avis ordonnant la destruction du taureau dit notamment que Captain est:

[TRADUCTION] ... soupçonné

d'être contaminé par la maladie qu'est l'encéphalopathie spongiforme des bovins, ou

d'avoir été en contact avec des animaux ou choses contaminés par cette maladie ou soupçonnés de l'être, ou de s'être trouvés dans leur voisinage immédiat.

Le requérant conteste le deuxième paragraphe précité, et fait plus particulièrement valoir que le paragraphe 48(1) n'envisage pas l'attribution du pouvoir prévu dans cette disposition sur la base d'un double soupçon.

Il faut reconnaître que l'avis en question aurait pu être mieux formulé. À mon avis, toutefois, cela ne tire pas à conséquence. De toute évidence, cet avis a été envoyé parce qu'on soupçonnait Captain soit d'être contaminé par l'ESB soit d'avoir été en contact avec des animaux ou des choses contaminés par l'ESB ou de s'être trouvés dans leur voisinage immédiat. C'est ce qu'énonce le paragraphe 48(1), et je ne crois pas qu'on puisse s'autoriser du libellé de l'avis pour affirmer que le ministre a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi.

Pour ce qui est de la deuxième prétention, le requérant soutient que le paragraphe 48(1) n'habilite pas le ministre à tenir compte de facteurs qui ressortissent au commerce international pour prendre une décision en application de cette disposition. Au soutien de

tion 27(2) of the Act which empowers the Minister to declare control areas based on considerations relating to danger to life, health, property or the environment. He adds that if Parliament had intended the power conferred under subsection 48(1) to be exercised by reference to such extraneous considerations, it would have so provided.

Subsection 48(1) is aimed at the prevention of the spread of disease. It follows that any action taken thereunder must be based on a belief or a suspicion that an animal has been contaminated by a disease or has been exposed to contamination, and must be aimed at the prevention of the spread of the disease. That being said, the fact that the concerns of Canada's trading partners were taken into account in the decision to eradicate the possible spread of BSE in Canada is no less consistent with the statutory goal contemplated by subsection 48(1) than would be, for instance, the consideration of concerns regarding the preservation of human life. Once the existence of a communicable disease has been established or is suspected, the concerns of all those potentially affected by its possible spread become relevant in deciding upon a course of action under subsection 48(1), and in particular in assessing the tolerance level of the acceptable risk.

The applicant argues that, in any event, there was no reasonable ground allowing the Minister to suspect that the subject bull or for that matter any cattle imported from the United Kingdom between 1982 and 1990 were infected with BSE. Assuming as I must that the decision-makers are competent in their particular area of expertise, the onus on the applicant is to demonstrate that the impugned decision has no rational foundation, or is patently unreasonable. In my view, this onus has not been met. While the applicant and the experts which support his position may take issue with the very low level of risk tolerance exhibited by the drastic course of action decided upon, it cannot be said that the decision was made in the absence of a sound factual basis. The question which the Minister had to address under subsection 48(1) was whether, on the facts, he could form the suspicion that the subject bull had been infected with

cette thèse, il invoque le paragraphe 27(2) de la Loi qui habilite le ministre à désigner des régions contrôlées à partir de considérations fondées sur les risques pour la vie, la santé, les biens ou l'environnement. Il ajoute que si le législateur avait voulu que le titulaire du pouvoir prévu au paragraphe 48(1) tienne compte de facteurs si étrangers à la question, il l'aurait précisé.

Le paragraphe 48(1) vise à éviter la propagation de maladies. Par voie de conséquence, toute mesure prise en application de cette disposition doit reposer sur la conviction ou le soupçon qu'un animal est contaminé par une maladie ou a été en contact avec un animal ou une chose contaminé, et doit avoir pour but la prévention de la propagation de cette maladie. Cela dit, le fait que les préoccupations des partenaires commerciaux du Canada sont intervenues dans la décision de prévenir la propagation possible de l'ESB au Canada n'est pas moins compatible avec l'objectif poursuivi par le législateur au paragraphe 48(1) que ne le serait, par exemple, la prise en considération de facteurs ayant trait à la préservation de la vie humaine. Dès lors que l'existence d'une maladie transmissible est confirmée ou soupçonnée, les préoccupations de tous ceux qui pourraient être touchés par sa propagation éventuelle deviennent pertinentes pour choisir un plan d'action en vertu du paragraphe 48(1) et, en particulier, pour évaluer le niveau de tolérance du risque acceptable.

Le requérant soutient que, de toute façon, le ministre n'avait aucun motif raisonnable de soupçonner le taureau visé par l'avis—ou, du reste, n'importe quel bovin importé au Canada en provenance du Royaume-Uni entre 1982 et 1990—d'être contaminé par l'ESB. Comme je dois supposer que ceux qui prennent des décisions sont compétents dans leur domaine, il incombe au requérant de prouver que la décision qui a été prise n'a aucun fondement rationnel ou est manifestement déraisonnable. À mon avis, il ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Bien que le requérant et les experts qui appuient sa thèse puissent contester le très bas niveau de tolérance au risque que révèle la solution radicale qui a été adoptée, on ne saurait dire que la décision a été prise en l'absence de faits solides. La question que le ministre devait trancher en vertu du paragraphe 48(1) était celle de savoir si, d'après les faits, il était fondé à soupçonner le tau-

BSE. The bull's origin and age, its possible exposure to contaminated feed, the emerging possibility of lateral transmission of the disease by animals to which it was potentially exposed, the limited scientific knowledge about BSE all support the suspicion that it may have been contaminated with BSE.

Finally, the applicant argues that the discretion of Dr. Petran, the investigator who signed the notice of requirement to destroy the subject bull, was fettered by the policy decision made earlier whereby all cattle imported from the U.K. between 1982 and 1990 were to be destroyed.

Dr. Petran signed the notice of requirement ordering the disposal of the bull in his capacity of inspector under the *Health of Animals Act*. By virtue of section 33 of that Act, he had, as such, the duty and authority to exercise the powers of the Minister, including that provided under subsection 48(1) which power he purported to exercise in the instant case. According to the applicant, the exercise of the discretion inherent in this power was pre-empted by the policy decision made earlier to destroy all cattle imported from the U.K. with the result that it was never exercised by Dr. Petran.

This argument is grounded on the premise that Dr. Petran was bound by the policy decision and hence, that he had to execute the notice of requirement whether or not he suspected that the subject bull was contaminated with BSE. In my view, no officer performing a discretionary duty can be bound to assert a belief or a suspicion which he does not hold or have, and if there was any evidence, in this instance, that Dr. Petran executed the notice of requirement without having the suspicion contemplated by subsection 48(1) as it relates to the subject bull or that he did not consider the opportunity of issuing it, I would not hesitate to intervene.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cf. *Griffin v. Canada* (1989), 39 Admin. L.R. 215 (F.C.T.D.), at p. 239, where my brother MacKay J. quashed a

reau du requérant d'être contaminé par l'ESB. L'origine et l'âge de Captain, le fait qu'il a peut-être été exposé à des aliments contaminés, la possibilité naissante d'une transmission latérale de la maladie par des animaux avec lesquels il peut avoir été en contact et les connaissances scientifiques limitées sur l'ESB sont tous des facteurs qui renforcent le soupçon que le taureau du requérant pourrait être contaminé par l'ESB.

En dernier lieu, le requérant fait valoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à M. Petran, l'inspecteur qui a signé l'avis ordonnant la destruction de Captain, a été entravé par la décision de principe prise antérieurement et selon laquelle tous les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni entre 1982 et 1990 devaient être détruits.

M. Petran a signé l'avis ordonnant la destruction du taureau du requérant en sa qualité d'inspecteur nommé en application de la *Loi sur la santé des animaux*. Aux termes de l'article 33 de cette Loi, il avait, à ce titre, l'obligation et le pouvoir d'exercer les pouvoirs conférés au ministre, notamment celui qui est prévu au paragraphe 48(1) et qu'il prétend avoir exercé dans l'affaire qui nous occupe. Selon le requérant, la décision de principe par laquelle on a ordonné la destruction de tous les bovins provenant du Royaume-Uni s'est substituée à l'exercice de la discrétion inhérente à ce pouvoir, si bien que M. Petran ne l'a jamais exercée.

Cette prétention repose sur l'hypothèse selon laquelle M. Petran était lié par la décision de principe et, partant, devait signer l'avis, qu'il ait ou non soupçonné le taureau du requérant d'être contaminé par l'ESB. À mon avis, aucun fonctionnaire qui exerce une fonction discrétionnaire ne peut être tenu de professer une conviction ou de faire peser un soupçon qu'il n'a pas, et s'il ressortait de la preuve en l'espèce que M. Petran a signé l'avis sans avoir, relativement à ce taureau, le soupçon exigé par le paragraphe 48(1), ou n'a pas examiné l'opportunité de donner ledit avis, je n'hésiterais pas à intervenir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf. l'arrêt *Griffin c. Canada* (1989), 39 Admin. L.R. 215 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 239, dans lequel mon collègue le juge

However, the evidence is entirely opposite. Dr. Petran was subjected to an extensive cross-examination on his affidavit. He both shared and agreed with the view expressed by Dr. Kellar and his colleagues at the Animal Health Division that the cattle population imported from the U.K. from 1982 onwards formed a homogeneous group in terms of their suspected exposure to BSE. Before executing the notice of requirement, he personally ascertained the circumstances of the subject bull, namely that it was born in the U.K. in 1987, that it stayed in the U.K. one and one half year at a time when the concentration of the infectious agent was at its highest, and that it was possibly in contact with the infectious agent either via feed or contact with contaminated animals. Throughout his cross-examination, he referred to the decision to dispose of the subject bull as his own. He swore to his belief that the subject bull could, at any time of its life, develop full-blown BSE. He confirmed his conviction that the bull had to be destroyed, and pointed out that it was precisely the failure to take such precautions more than fifty years ago that led to scrapie becoming established in the Canadian sheep population.

Nothing suggests that Dr. Petran's decision was not based on his personal belief or that he subjugated his discretion by deference to the policy decision. Rather, the fact that he agreed to apply the policy decision to the subject bull highlights, in my view, a coherence of thinking between the policy-makers and the decision-taker. It follows that Dr. Petran's discretion was not in any way fettered.

However, the applicant further submits that because of the policy decision, Dr. Petran, in making his decision, failed to take into account relevant facts, namely evidence indicating that the subject bull had

*(Continued from previous page)*

decision whereby an officer's decision was made not on the basis of his personal belief as contemplated by statute, but on the basis of a binding policy directive.

La preuve indique cependant le contraire. M. Petran a été soumis à un contre-interrogatoire approfondi au sujet de son affidavit. Il était entièrement d'accord avec M. Kellar et ses collègues de la Division de la santé des animaux pour dire que les bovins importés au Canada en provenance du Royaume-Uni à partir de 1982 formaient un groupe homogène pour ce qui est de leur exposition possible à l'ESB. Avant de signer l'avis, il a personnellement vérifié les renseignements concernant le taureau du requérant, à savoir sa naissance au Royaume-Uni en 1987, son séjour dans ce pays pendant un an et demi à une époque où la concentration de l'agent infectieux était à son maximum, et le fait qu'il avait peut-être été exposé à cet agent par des contacts avec des animaux ou des aliments contaminés. Tout au long de son contre-interrogatoire, M. Petran a parlé de la décision d'ordonner la destruction du taureau du requérant comme de la sienne propre. Il a déclaré sous serment avoir la certitude que cet animal risquait, à n'importe quel moment de sa vie, d'être atteint de la forme complète de la maladie. Il a confirmé qu'il était convaincu que la destruction du taureau était nécessaire et a fait remarquer que c'était précisément parce qu'on avait omis de prendre de telles précautions il y a une cinquantaine d'années que la tremblante du mouton s'était propagée au sein de la population ovine du Canada.

Rien ne semble indiquer que M. Petran n'a pas pris sa décision en fonction d'une conviction personnelle ou qu'il a subordonné l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à la décision de principe. À mon avis, le fait qu'il a accepté d'appliquer la décision de principe au taureau du requérant reflète plutôt une unité de vues des responsables de l'action gouvernementale et de l'auteur de la décision. En conséquence, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de M. Petran n'a aucunement été entravé.

Cependant, le requérant fait aussi valoir qu'à cause de cette décision de principe, M. Petran a omis de tenir compte de facteurs pertinents pour prendre sa décision, en l'occurrence la preuve selon laquelle le

*(Suite de la page précédente)*

MacKay a annulé la décision prise par un fonctionnaire au motif qu'elle n'était pas fondée sur une conviction personnelle comme le prévoyait la loi, mais avait été prise en fonction d'une ligne directrice ayant force exécutoire.

not been exposed to contaminated feed prior to his importation to Canada.

It is true that the evidence of the owner of the bull in the U.K. in this regard, as well as those charged with its care, was not sought before the decision was made and was discounted when it was subsequently produced.

However, both Dr. Petran and Dr. Kellar had, before the decision was made, evidence from the U.K. authorities indicating that owner declarations as to the absence of contaminated feedstuff in their animal diet during the pre-1989 period could not be relied upon for a variety of reasons. The question then becomes whether, having regard to this evidence, it was open to Dr. Petran to disregard such declarations in reaching his decision. Keeping in mind that the basis for the exercise of the statutory authority under subsection 48(1) of the Act is a suspicion, and not a belief, and that Dr. Petran had grounds to consider statements emanating from owners with respect to feed content as unreliable even when asserted on the basis of a truthful belief, it appears to me that it was reasonably open to Dr. Petran to disregard this type of evidence. I should add that the cross-examination of Dr. Kellar, at pages 76 *et seq.* of the transcript, is most compelling on this point.

I note that my brother Cullen J., in *David Hunt Farms Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture)*, T-153-94, March 10, 1994 [not yet reported], also upheld in that matter the decision reflected by the notice of requirement but for reasons which are somewhat opposed to mine. He held that the decision to dispose of the animals was effectively made by those who designed the policy decision made in December 1993, and that the execution of the notice of disposal merely reflected a step in the implementation process which did not call for the exercise of any discretion. Justice Cullen concluded that the policy decision had been validly taken and that the discretion of the signatory of the notice could not have been fettered by the prior policy decision, as he had

taureau n'a pas été exposé à des aliments pour animaux contaminés avant d'être importé au Canada.

Il est vrai qu'on n'a pas cherché à obtenir le témoignage du propriétaire de Captain au Royaume-Uni à cet égard, ni celui des personnes qui ont été chargées de s'occuper de l'animal, avant de prendre la décision, et qu'on n'en a pas tenu compte après la production de cette preuve.

Cependant, MM. Petran et Kellar avaient tous deux obtenu des autorités britanniques, avant que la décision ne soit prise, des renseignements selon lesquels les déclarations faites par les propriétaires relativement à l'absence d'aliments contaminés dans la nourriture donnée à leurs animaux au cours des années antérieures à 1989 n'étaient pas dignes de foi pour diverses raisons. La question devient donc celle de savoir si, eu égard à ces renseignements, M. Petran pouvait faire abstraction de ces déclarations pour prendre sa décision. Compte tenu du fait que le fondement de l'exercice du pouvoir conféré par le paragraphe 48(1) de la Loi est un soupçon, et non une conviction, et que M. Petran était fondé à considérer que les déclarations faites par les propriétaires quant au contenu des aliments n'étaient pas dignes de foi, en dépit de la sincérité de leurs auteurs, il me semble que M. Petran pouvait valablement faire abstraction de ce type de preuve. Je tiens à ajouter que le contre-interrogatoire de M. Kellar, aux pages 76 et suivantes de la transcription, est extrêmement convaincant sur ce point.

Je constate que mon collègue le juge Cullen, dans l'affaire *David Hunt Farms Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, T-153-94, 10 mars 1994 [encore inédite], a aussi confirmé la décision attestée par l'avis, mais pour des motifs divergeant quelque peu des miens. Il a statué que la décision de détruire les animaux avait en réalité été prise par ceux qui avaient pris la décision de principe en décembre 1993, et que la signature de l'avis était simplement une étape du processus de mise en œuvre qui ne requérait pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge Cullen est arrivé à la conclusion que la décision de principe avait été valablement prise et que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du signataire de l'avis ne pouvait pas avoir été entravé par la décision de prin-

no discretion left to exercise when he executed the notice.

It seems quite clear from my learned brother's reasons that he would have been inclined to intervene on the authority of *Griffin v. Canada, supra*, were it not for the fact that, in his view, the discretion underlying the decision had already been exercised at the policy level and validly so.

Obviously, each case must be decided on its own facts. On the facts before me, I am compelled to conclude that Dr. Petran is the officer who made the decision to dispose of the subject bull and that he was vested at the time with the required statutory authority to do so as evidenced by the notice of requirement which he executed. In my view, those adversely affected by a decision must be able to look to the officer who formally purports to make it as the decision-maker. Dr. Petran was vested with the statutory authority to make the decision with respect to the subject bull and did purport to make the decision. I believe that in the context of a judicial review of the decision which he formally made, he must be looked upon as the decision-maker. I would add that a policy decision is no decision, in the legal sense, unless and until it has formally been made to apply to a specified case by reference to the particular statutory provision which authorizes it.

However, I have also found on the facts before me that the policy decision which had been made earlier did not have the effect of fettering his discretion. This policy decision was communicated by memorandum dated December 17, 1993, addressed to all regional directors, including Dr. Petran. It was followed by a further memorandum dated December 22, 1993 highlighting the statutory authority under which the disposal of the animals could be ordered and by another memorandum dated December 30, 1993 outlining in a detailed fashion the background and the rationale for the policy decision.

In the matter before me, and I believe my brother Cullen notes the same in the matter which was before him, the officer charged with the issuance of the formal notice of requirement agreed with the policy

cipe prise antérieurement étant donné qu'il n'y avait plus aucun pouvoir discrétionnaire à exercer lorsque l'avis a été signé.

Il ressort, à l'évidence, des motifs de mon collègue qu'il aurait été porté à intervenir sur la base de l'arrêt *Griffin c. Canada*, précité, n'eût été le fait que, selon lui, le pouvoir discrétionnaire qui sous-tendait la décision avait déjà été valablement exercé à l'étape de la prise de la décision de principe.

Il ne fait aucun doute que chaque affaire doit être jugée en fonction des circonstances de l'espèce. D'après les faits dont je suis saisi, force m'est de conclure que M. Petran est le fonctionnaire qui a pris la décision d'ordonner la destruction du taureau du requérant et qu'il était investi, à ce moment-là, du pouvoir légal requis à cette fin, comme en fait foi l'avis qu'il a signé. À mon avis, ceux qui sont touchés par une décision doivent pouvoir considérer le fonctionnaire qui prétend officiellement l'avoir prise comme le décideur. M. Petran était investi du pouvoir légal de prendre la décision contestée, et il prétend l'avoir prise. Je suis d'avis que, dans le contexte du contrôle judiciaire de la décision qu'il a officiellement prise, on doit le considérer comme le décideur. J'ajouterais qu'une décision de principe n'est pas une décision au sens juridique tant qu'on ne l'a pas officiellement appliquée à un cas particulier en s'autorisant de la disposition législative pertinente.

Néanmoins, les faits dont je suis saisi m'amènent aussi à conclure que la décision de principe prise antérieurement n'a pas eu pour effet d'entraver l'exercice du pouvoir discrétionnaire de M. Petran. Cette décision de principe a été communiquée à tous les directeurs régionaux, dont M. Petran, dans une note de service en date du 17 décembre 1993. Elle a été suivie d'une deuxième note datée du 22 décembre 1993 qui faisait état des dispositions législatives sous le régime desquelles la destruction des animaux pouvait être ordonnée, puis d'une troisième note en date du 30 décembre 1993 qui fournissait des précisions sur la genèse et la raison d'être de la décision de principe.

En l'occurrence, et je pense que mon collègue le juge Cullen fait la même constatation dans l'affaire dont il a été saisi, le fonctionnaire chargé de donner l'avis officiel souscrivait à la décision de principe, à



decision, its rationale and more importantly its applicability to the specific animal(s) which he was called upon to deal with.

I do not believe that adherence to a policy decision of general application in a specific case can, in and of itself, have the effect of invalidating a decision. As MacKay J. stated so aptly in *Griffin v. Canada*, *supra*, at page 236, there are two aspects of policy statements or directives which may be subject to judicial scrutiny, namely:

Are the policy guidelines in question consistent with the administrative authority granted by legislation and regulations, and in practice are the guidelines used for guidance by those who have responsibility for discretionary decisions, or are they relied upon, in the interests of consistency, as a basis for decisions without considering all factors that should be taken into account in reaching discretionary decisions?

In that matter, the policy directive failed both tests. The statutory authority in issue was found in regulations made under paragraph 4(1)(c) of the *Seeds Act*, R.S.C., 1985, c. S-8, which authorized the Governor General in Council to prescribe, *inter alia*, the minimum standard of disease for seeds. Paragraphs 52(2)(d) and (e) of the *Seeds Regulations*, C.R.C., c. 1400, as amended by SOR/80-517, allowed an inspector to refuse to issue a certificate in respect of a growing crop where:

52. . . .

(2) . . .

(d) in the opinion of an inspector, the crop has been contaminated with bacterial ring rot; or

(e) evidence has been obtained that bacterial ring rot was found in another crop that was derived from the same parent crop. . . .

The policy guideline in issue provided, *inter alia*, that:

All crops in which bacterial ring is found are to be rejected (. . .), as well as all potato crops on the same farm.

Bacterial ring rot was found in one of the seventeen growing crops of the Griffin family. The officer relying on the guideline refused to certify all seven-

sa raison d'être et, surtout, à son applicabilité à l'animal ou aux animaux dont il devait décider le sort.

a Je ne pense pas que le fait de donner son adhésion à une décision de principe d'application générale dans un cas particulier peut, en soi, avoir pour conséquence d'invalidier une décision. Comme le juge MacKay l'a déclaré avec justesse dans l'affaire *Griffin c. Canada*, précitée, à la page 236, il y a deux aspects des énoncés de politique ou des directives qui sont susceptibles d'intéresser la Cour:

c Les lignes directrices en question sont-elles conformes au pouvoir administratif conféré par la loi et les règlements, et, dans la pratique, servent-elles de guide aux personnes chargées de prendre des décisions de nature discrétionnaire ou s'appuient-elles, à des fins d'uniformité, pour fonder des décisions sans tenir compte de tous les facteurs qui devraient être pris en considération pour prendre des décisions de nature discrétionnaire?

d Dans cette affaire, la directive d'orientation ne satisfaisait à aucun des deux critères. La disposition législative habilitante se trouvait dans le règlement pris en application de l'alinéa 4(1)c) de la *Loi sur les semences*, L.R.C. (1985), ch. S-8, qui autorisait le gouverneur général en conseil à prendre des règlements prescrivant notamment, à l'égard des semences, la norme minimale de maladie. Les alinéas 52(2)d) et e) du *Règlement sur les semences*, C.R.C., ch. 1400, modifié par DORS/80-517, autorisaient un inspecteur à refuser de délivrer un certificat à l'égard d'une culture en croissance lorsque:

52. . . .

(2) . . .

d) selon l'inspecteur, la culture a été contaminée par le flétrissement bactérien; ou

e) il a été établi que le flétrissement bactérien a été décelé dans une autre culture provenant de la même culture-mère . . .

La directive en cause disposait notamment:

i Toutes les récoltes dans lesquelles on décelle la présence de flétrissement bactérien doivent être rejetées . . ., ainsi que toutes les autres récoltes de pommes de terre produites dans l'exploitation en question.

j Le flétrissement bactérien avait été décelé dans une seule des dix-sept cultures en croissance de la famille Griffin. S'appuyant sur la directive, le fonctionnaire a

teen growing crops on the basis that, while bacterial ring rot had only been found in a single growing crop, the remaining sixteen crops were on the same farm. These sixteen crops had not been derived from the same parent crop as the single contaminated crop.

MacKay J. noted that the mandatory rejection of all crops on the same farm on the basis that a single crop had been contaminated did not reflect any of the grounds for rejection set out in subsection 52(2) of the Regulations. As the guideline was mandatory<sup>2</sup> and as there was no evidence that the other sixteen crops had in fact been contaminated, he concluded that the inspector's discretion had been fettered as it was not open to him to hold a reasonable belief that all seventeen crops had been contaminated on the sole ground that one was so affected.

Here, as Cullen J. has also found, the policy decision is consistent with the authority granted by the legislation. Subsection 48(1) of the Act requires the existence of a suspicion, not a belief, and on the assumed facts underlying the policy decision, one could form a reasonable suspicion that an animal which came within its ambit had been contaminated with BSE. As well, in the matter before me, nothing indicates that Dr. Petran was compelled to do anything by virtue of the policy decision other than to apply it if it conformed with his own judgment as to how the particular matter before him was to be dealt with having regard to the relevant circumstances.

Obviously, in this instance, consistency in the application of the policy decision was essential in the minds of the policy-makers in order to achieve the effective eradication of the spread of BSE in Canada. However, consistency, as such, is not an evil so long as the interests in achieving it are not made to prevail over the decision-maker's ultimate task which is to decide the matter before him on its own merits. The specific question which I must answer is whether, on

<sup>2</sup> The evidence indicated that an officer who had failed to apply the guidelines in a particular case had been relieved of his functions.

refusé de certifier les dix-sept cultures en croissance au motif que, même si le flétrissement bactérien avait été décelé dans une seule culture, les seize autres se trouvaient sur la même ferme. Ces dernières ne provenaient pas de la même culture-mère que la culture contaminée.

Le juge MacKay a fait remarquer que le rejet obligatoire de toutes les cultures situées sur la même exploitation agricole à cause de la contamination d'une seule culture ne correspondait à aucun des motifs de rejet prévus au paragraphe 52(2) du Règlement. Comme la directive avait un caractère obligatoire<sup>2</sup> et que rien ne permettait de croire que les seize autres cultures avaient effectivement été contaminées, le juge a conclu que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'inspecteur avait été entravé puisqu'il ne lui était pas loisible de valablement croire que les dix-sept cultures avaient été contaminées pour l'unique raison que l'une d'elles l'était.

En l'espèce, j'arrive à la même conclusion que le juge Cullen, c'est-à-dire que la décision de principe est compatible avec le pouvoir conféré par la loi. Le paragraphe 48(1) de la Loi requiert l'existence non pas d'une conviction mais d'un soupçon, et, d'après les hypothèses de fait qui sous-tendent la décision de principe, on pouvait être fondé à soupçonner un animal qui relevait de cette disposition d'être contaminé par l'ESB. Au surplus, dans l'affaire dont je suis saisi, rien n'indique que M. Petran a été contraint de faire quoi que ce soit, en vertu de la décision de principe, si ce n'est l'appliquer si elle s'accordait avec sa propre conception de la solution à apporter à la question particulière qu'il devait trancher eu égard aux circonstances pertinentes.

Dans la présente espèce, il ne fait aucun doute que les responsables de l'action gouvernementale considéraient que l'uniformité d'application de la décision de principe était indispensable pour véritablement empêcher la propagation de l'ESB au Canada. Cependant, cette uniformité, en tant que telle, n'est pas un mal, pourvu que l'intérêt qu'on a à y parvenir ne l'emporte pas sur la tâche ultime du décideur, qui est de trancher la question en fonction des circons-

<sup>2</sup> La preuve révélait qu'on avait démis de ses fonctions un fonctionnaire qui avait omis d'appliquer la directive dans un cas particulier.

the facts before me, the quest for consistency by the policy-makers had the practical effect of overriding Dr. Petran's discretion in deciding whether or not the subject bull could be suspected of being contaminated with BSE. As is apparent from the foregoing, I do not believe that it did.

For these reasons, the application is dismissed. I make no special award as to costs.

tances de l'espèce. La question précise à laquelle je dois répondre est celle de savoir si, d'après les faits de l'espèce, l'uniformité recherchée par les responsables de l'action gouvernementale a eu, en pratique, pour conséquence de neutraliser le pouvoir discrétionnaire qu'avait M. Petran de déterminer si l'on pouvait soupçonner le taureau du requérant d'être contaminé par l'ESB. Comme les remarques qui précèdent l'indiquent, je suis d'avis que non.

Pour ces motifs, la demande est rejetée, sans adjudication spéciale de dépens.

T-1629-93

T-1629-93

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Simon Thwaites and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)<sup>a</sup> Simon Thwaites et Commission canadienne des droits de la personne (*intimés*)

and

et

Canadian Aids Society, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and Canadian Disability Rights Council (*Intervenors*)<sup>b</sup> Société canadienne du sida, Coalition des organisations provinciales ombudsman des handicapés et Conseil canadien des droits des personnes handicapées (*intervenants*)

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

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. THWAITES (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Gibson J.—Halifax, February 2; Ottawa, March 25, 1994.

<sup>d</sup> Section de première instance, juge Gibson—Halifax, 2 février; Ottawa, 25 mars 1994.

Human rights — CHRC upholding complaint of discrimination filed by respondent, HIV positive master seaman, against Canadian Armed Forces and granting substantial monetary award — Examination of “bona fide occupational requirement” — Distinction between “direct” and “adverse effect” discrimination — Reasonableness of award for past and future loss of income — Appropriateness of awarding interest on award for special compensation — Costs of counsel and actuarial services properly included in award of “expenses incurred” under Canadian Human Rights Act, s. 53(2)(c).

<sup>e</sup> Droits de la personne — CCDP accueillant la plainte de discrimination portée par l’intimé, un matelot-chef VIH-positif, contre les Forces armées canadiennes, et lui accordant des dommages-intérêts substantiels — Examen de la notion d’« exigence professionnelle justifiée » — Distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte — Caractère raisonnable des dommages-intérêts accordés pour perte de revenus passée et future — Opportunité d’accorder des intérêts sur le montant accordé à titre d’indemnité spéciale — Les frais engagés pour les services de l’avocat et pour l’expertise actuarielle ont été correctement inclus dans les dommages-intérêts accordés au titre des « dépenses entraînées », prévues par l’art. 53(2)c) de la Loi canadienne des droits de la personne.

Armed forces — Master seaman testing positive for HIV — Security clearance downgraded after investigation as to homosexuality — CAF Career Medical Review Board, meeting without notice to seaman, ordering honourable discharge — Grievance denied by Chief of Defence Staff — Conceded that CAF discriminated by differentiating adversely on prohibited ground: disability — BFOR defence not established — No attempt at accommodation — Court upholding Tribunal decision awarding substantial damages.

<sup>f</sup> Forces armées — Matelot-chef VIH-positif — Cote de sécurité déclassée à la suite d’une enquête sur l’homosexualité — <sup>g</sup> Conseil de révision médicale des carrières des FAC, réuni à l’insu de l’intimé, a ordonné que ce dernier soit libéré honorablement — Grief rejeté par le chef d’état-major de la défense — Admission quant à la discrimination exercée par les FAC, qui ont traité l’intimé défavorablement pour un motif de distinction illicite: sa déficience — La défense invoquant une EPJ <sup>h</sup> n’est pas fondée — On n’a fait aucune tentative d’accommodement — La Cour maintient la décision du tribunal d’accorder des dommages-intérêts substantiels.

Practice — Costs — Medical condition and financial difficulties of HIV positive respondent not “special reason” to award costs under R. 1618 in unsuccessful judicial review application against award of tribunal under Canadian Human Rights Act.

<sup>i</sup> Pratique — Frais et dépens — L’état de santé et la situation financière de l’intimé, qui est VIH-positif, ne constituent pas des « raisons spéciales » permettant d’accorder les frais en vertu de la Règle 1618, dans une instance où la demande de contrôle judiciaire présentée relativement aux dommages-intérêts accordés par le Tribunal des droits de la personne n’est pas accueillie.

The respondent Thwaites, a master seaman in the Canadian Armed Forces (CAF) classified and trained as a naval electronics sensor operator (virtually all postings associated with this

<sup>j</sup> L’intimé, Simon Thwaites, matelot-chef des Forces armées canadiennes (FAC), qui exerçait le métier militaire d’opérateur de capteur de l’électronique navale (presque toutes les affecta-

trade were sea-going), filed a complaint against the CAF, alleging that it discriminated against him by terminating his employment and by restricting his duties and opportunities because of his disability, i.e. because he was "HIV positive". Thwaites' homosexuality became known to the CAF at about the same time as did his HIV positive status. A Human Rights Tribunal determined that the complaint had been established and awarded Thwaites \$147,015 for past and future loss of wages under subsection 53(2) of the Act; \$5,000 for special compensation under subsection 53(3) of the Act, plus interest thereon from the date of the complaint; reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services. This was an application for judicial review of that decision.

Direct discrimination having been conceded, the issues were (1) whether the Tribunal erred in applying legal principles governing determination of a "bona fide occupational requirement" (BFOR) pursuant to paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act*. (2) Whether the Tribunal erred in law in awarding excessive monetary relief to the respondent under the heads of past and future loss of income. (3) Whether the Tribunal erred in law in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation. (4) Whether the Tribunal erred in law in awarding the respondent reasonable costs of his counsel including the costs of actuarial services.

*Held*, the application should be dismissed.

The issues raised being questions of law, the Court had to review the Tribunal's decision on the basis of correctness, not a standard of reasonability.

(1) With respect to the issue of whether the Tribunal erred in its application of the legal principles governing the determination of a BFOR, the following findings were made.

(i) In the final analysis, the Tribunal effectively and correctly applied the "reasonably necessary" standard to the review of the BFOR here in issue and determined on the facts that the CAF had failed to establish the objective necessity of the alleged BFOR.

(ii) Although the Tribunal did use the word "substantial" with respect to the "risk of employee failure" in determining if that risk was sufficient to establish a BFOR, this did not constitute an error in defining the appropriate standard since, in the context, it meant nothing more than something greater than "slight or negligible".

(iii) Whether or not individual assessment was required as a matter of law to establish a BFOR, the CAF chose to defend its BFOR as being reasonably necessary by relying on its individual assessment of Thwaites. It was then incumbent on the Tribunal to examine that individual assessment as an element of

tions liées à ce métier étant des affectations en mer), métier pour lequel il avait reçu la formation, a porté plainte contre les FAC, alléguant qu'elles avaient commis contre lui des actes discriminatoires en mettant fin à son emploi et en restreignant ses fonctions et ses chances d'avancement pour le motif de sa déficience, nommément qu'il était «VIH-positif». Les FAC ont appris que l'intimé était homosexuel à peu près en même temps qu'elles ont appris qu'il était VIH-positif. Le Tribunal des droits de la personne a décidé que la plainte était fondée, et il a accordé à l'intimé 147 015 \$ pour perte de revenus passée et future en vertu du paragraphe 53(2) de la Loi; 5 000 \$ au titre de l'indemnité spéciale prévue par le paragraphe 53(3) de la Loi, plus les intérêts sur cette somme à compter de la date de la plainte; les frais d'avocats raisonnables, y compris le coût de l'expertise actuarielle. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Il a été généralement admis qu'il y avait eu discrimination directe, les questions en litige étant: (1) Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans l'application des principes juridiques qui doivent servir à déterminer une «exigence professionnelle justifiée» (EPJ) aux termes de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? (2) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il aurait accordé à l'intimé une réparation pécuniaire excessive aux chapitres de la perte de revenus future et de la perte de revenus passée? (3) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il a accordé des intérêts sur l'indemnité spéciale maximale de 5 000 \$ qui a été accordée? (4) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il a accordé à l'intimé les dépens raisonnables qu'il a assumés, dont les honoraires d'actuaire?

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Étant donné que les questions en litige étaient des questions de droit, la Cour devait examiner la décision du Tribunal du point de vue de sa justesse, et non en fonction de son caractère raisonnable.

(1) Sur la question de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en appliquant les principes légaux gouvernant l'établissement d'une EPJ, la Cour est arrivée aux conclusions suivantes:

(i) En dernière analyse, le Tribunal a correctement appliqué la norme du «raisonnablement nécessaire» à l'examen de l'EPJ en question, et a déterminé, à partir des faits, que les FAC n'avaient pas réussi à établir la nécessité objective de leur EPJ.

(ii) Bien que le Tribunal ait utilisé le mot «important» relativement au «risque d'erreur humaine» pour déterminer si ce risque était suffisant pour fonder une EPJ, ceci ne constitue pas une erreur quant à la norme à appliquer, étant donné que, dans le contexte, le mot signifie simplement quelque chose qui est un peu plus grand que «faible ou négligeable».

(iii) Que l'évaluation individuelle soit ou non obligatoire en droit pour fonder une EPJ, les FAC ont choisi de démontrer que leur EPJ était raisonnablement nécessaire en s'appuyant sur l'évaluation individuelle qui avait été faite de l'intimé. Le Tribunal se devait donc d'examiner l'évaluation individuelle,

its examination of the “reasonably necessary” standard for the BFOR defence.

(iv) The Tribunal having correctly applied the “reasonably necessary” standard for a BFOR defence, it cannot be said that it erroneously equated the duty to accommodate that is related to adverse effect discrimination with the duty to demonstrate no reasonable alternatives for cases of direct discrimination.

(2) It was well established that the assessment of damages recoverable under human rights legislation is governed by the same rules as those applicable in tort law. The goal in both cases was to make the victim whole for the damage caused by the act that was the source of liability. The different concepts used to limit liability (foreseeability, remoteness, etc.) give effect to the simple idea that common sense requires that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act. The Tribunal did not err in applying these principles to the assessment of compensation for the loss of past and future income in this case.

(3) The Tribunal did not err in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the Act.

The evidence before the Tribunal indicated that Thwaites went bankrupt and borrowed from his parents and possibly others to maintain himself and pay for his treatment. It was therefore reasonable for the Tribunal to have assumed that he would have continued to incur interest expense from the time of the Tribunal’s order until the awards were paid, thus incurring expense that would likely be only partially offset by the awards of interest provided. The award in question was therefore not made under subsection 53(3) and did not have the effect of increasing the award thereunder beyond what is authorized by law.

(4) The Tribunal did not err in law in awarding Thwaites reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services. There was no reason to restrict the ordinary meaning of the expression “expenses incurred” in paragraph 53(2)(c) of the Act to exclude those costs.

There was no order as to costs since Rule 1618 of the *Federal Court Rules* provides that no costs shall be payable in respect of an application for judicial review unless this Court, for special reasons, so orders. Thwaites’ medical condition and financial difficulties did not constitute such “special reasons”.

comme élément de son examen de la norme du «raisonnablement nécessaire» applicable à la défense d’EPJ.

(iv) Étant donné que le Tribunal a correctement appliqué la norme du «raisonnablement nécessaire» à la défense d’EPJ, on ne peut affirmer qu’il a fautivement considéré comme identiques l’obligation d’accommodement, qui doit être respectée dans les cas de discrimination indirecte, et l’obligation d’établir l’absence d’une autre solution raisonnable, qui doit être respectée dans les cas de discrimination directe.

(2) Il a été bien établi que l’évaluation des dommages-intérêts qui peuvent être accordés en vertu de la législation relative aux droits de la personne est gouvernée par les mêmes règles que celles qui s’appliquent à la responsabilité délictuelle. Le but visé est le même dans les deux cas: remettre la partie lésée dans la position où elle aurait été si le tort ne s’était pas produit. Les différents concepts utilisés pour limiter la responsabilité (prévisibilité raisonnable, caractère prévisible, etc.) concrétisent l’idée toute simple que le bon sens nécessite qu’une limite doive être imposée à la responsabilité de l’auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte. En l’espèce, le Tribunal n’a pas commis d’erreur dans l’application qu’il a faite de ces principes à l’évaluation de la perte de revenus passée et future.

(3) Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en accordant des intérêts sur l’indemnité spéciale maximale de 5 000 \$ qui a été accordée en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi.

La preuve présentée au Tribunal montre que l’intimé a fait faillite et qu’il a emprunté de l’argent à ses parents, et peut-être à d’autres, pour subvenir à ses besoins et payer ses traitements. Le Tribunal a valablement supposé que l’intimé aurait continué d’assumer des dépenses d’intérêts pendant la période allant du prononcé de l’ordonnance du Tribunal au moment où les sommes allouées lui seraient payées, intérêts qui ne seraient vraisemblablement que partiellement compensés par les intérêts accordés. Par conséquent, l’allocation des intérêts en question n’a pas été accordée en vertu du paragraphe 53(3) et n’a pas eu pour effet d’accroître le montant accordé en vertu de ce paragraphe au-delà de ce qui y est prescrit.

(4) Le Tribunal n’a pas commis d’erreur de droit en accordant à M. Thwaites les dépens raisonnables qu’il a assumés, y compris les honoraires d’actuaire. Il n’y avait aucune raison de restreindre le sens ordinaire des termes «dépenses entraînées» de l’alinéa 53(2)c) de la Loi, de manière à exclure ces frais.

Aucune ordonnance n’a été rendue relativement aux dépens, étant donné que la Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale* stipule qu’il n’y aura pas de frais à l’occasion d’une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n’en ordonne autrement pour des raisons spéciales. L’état de santé et la situation financière de l’intimé ne constituaient pas des raisons spéciales.

## 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. 15.

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 15(a), 53(2),(3).

*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:

*Cluff v. Canada (Department of Agriculture)*, [1994] 2 F.C. 176 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 149 N.R. 1; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. McAlpine*, [1989] 3 F.C. 530; (1989), 99 N.R. 221 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of a Human Rights Tribunal (*Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1993] C.H.R.D. No. 9 (QL)) whereby the Tribunal determined that a complaint by the respondent against the CAF had been established and awarded the respondent \$147,015 for past and future loss of wages; \$5,000 for special compensation, plus interest thereon from the date of the complaint; reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Bruce S. Russel* and *Brian Evernden* for applicant.

*William F. Pentney* and *Peter C. Engelmann* for respondent C.H.R.C.

## 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, no 44], art. 15.

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 15a), 53(2),(3).

*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:

*Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture)*, [1994] 2 C.F. 176 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 149 N.R. 1; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. McAlpine*, [1989] 3 C.F. 530; (1989), 99 N.R. 221 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE:

*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une décision rendue par le Tribunal des droits de la personne (*Thwaites c. Canada (Forces armées canadiennes)*, [1993] D.C.D.P. n° 9 (QL)), qui a statué que la plainte portée par l'intimé contre les FAC était fondée. Le Tribunal a accordé à l'intimé 147 015 \$ à titre de compensation pour la perte de revenus passée et future; 5 000 \$ comme indemnité spéciale, plus les intérêts sur cette somme à compter de la date de la plainte; les frais raisonnablement engagés pour les services de son avocat, dont les frais d'actuaire. La demande est rejetée.

## AVOCATS:

*Bruce S. Russel* et *Brian Evernden* pour le requérant.

*William F. Pentney* et *Peter C. Engelmann* pour la C.C.D.P., intimée.

*B. Lynn Reierson* for respondent Simon Thwaites.

*Anne M. Molloy* and *Gerardus Y. W. Heddem* for intervenors.

*B. Lynn Reierson* pour Simon Thwaites, intimé.

*Anne M. Molloy* et *Gerardus Y. W. Heddem* pour les intervenants.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Caroline, Engelmann, Gottheil & Lynk*, Ottawa, for respondent C.H.R.C.

*Reierson & Associates*, Halifax, for respondent Simon Thwaites.

*Advocacy Resource Centre for the Handicapped*, Toronto, for intervenors.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Caroline, Engelmann, Gottheil & Lynk*, Ottawa, pour la C.C.D.P., intimée.

*Reierson & Associates*, Halifax, pour Simon Thwaites, intimé.

*Advocacy Resource Centre for the Handicapped*, Toronto, pour les intervenants.

*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*

GIBSON J.:

LE JUGE GIBSON:

NATURE OF APPLICATION AND RELIEF SOUGHT

NATURE DE LA DEMANDE ET RÉPARATION RECHERCHÉE

This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*<sup>1</sup> of a decision of a Human Rights Tribunal [[1993] C.H.R.D. No. 9 (QL)] (the "Tribunal") whereby the Tribunal determined that a complaint by the respondent Simon Thwaites (Thwaites) against the Canadian Armed Forces (the "CAF") had been established and ordered the CAF to pay to Thwaites:

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup> et portant sur la décision qu'a rendue le Tribunal des droits de la personne [[1993] D.C.D.P. n° 9 (QL)] (le «Tribunal»), qui a statué que la plainte portée par l'intimé Simon Thwaites contre les Forces armées canadiennes (les «FAC») était fondée, et qui a ordonné aux FAC:

i) \$147,015 for past and future loss of wages under subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act*<sup>2</sup> plus interest thereon from and after June 1992;

i) de verser à M. Thwaites, en vertu du paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>2</sup>, la somme de 147 015 \$ pour la perte de revenus passée et future, avec intérêts à compter du mois de juin 1992;

ii) \$5,000 for special compensation under subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act* plus interest thereon from and after the date of the complaint; and

ii) de verser à M. Thwaites la somme de 5 000 \$ au titre de l'indemnité spéciale prévue au paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, avec intérêts à compter de la date de la plainte;

iii) reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services.

iii) de défrayer M. Thwaites du montant des dépens raisonnables qu'il a assumés, y compris les honoraires d'actuaire.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.



Thwaites' complaint against the CAF alleges that the CAF discriminated against him by terminating his employment, and by differentiating adversely in relation to him in the course of his employment, by restricting his duties and opportunities, because of his disability, contrary to section 7 of the *Canadian Human Rights Act*.<sup>3</sup> His disability was acknowledged to be that he was, at all times relevant to the complaint, infected with human immunodeficiency virus, that is to say, he was "HIV positive".

The decision of the Tribunal was rendered the 7th day of June, 1993.

The relief requested is an order quashing or setting aside the decision.

#### THE FACTS

Thwaites enlisted in the CAF in 1980 and continued in the employ of the CAF until his honourable discharge in November, 1989. By the spring of 1986, he had progressed in the ordinary way to the rank of master seaman (acting/lacking). At that time, once again apparently in the ordinary way, he was offered and accepted an extended term of service to the year 2002. Thwaites remained at the rank of master seaman at the time of his discharge.

Thwaites was classified and trained in the military trade of naval electronics sensor operator, which was known as a "hard sea trade" because virtually all postings associated with the trade were sea-going, that is to say, aboard naval vessels (typically destroyers) rather than shore postings.

<sup>3</sup> S. 7 of the *Canadian Human Rights Act* reads as follows:

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

M. Thwaites, dans la plainte qu'il a portée contre les FAC, allègue que les FAC ont posé contre lui des actes discriminatoires en ce qu'elles ont mis fin à son emploi et en ce qu'elles l'ont défavorisé en cours d'emploi en restreignant ses fonctions et ses chances d'avancement pour le motif de sa déficience, en contravention de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>3</sup>. Il a été reconnu que la déficience de M. Thwaites était, en autant que la plainte est concernée, une infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), en d'autres termes, qu'il était «VIH-positif».

Le Tribunal a rendu sa décision le 7 juin 1993.

La réparation recherchée est une ordonnance annulant cette décision.

#### LES FAITS

M. Thwaites s'est enrôlé dans les FAC en 1980 et a travaillé pour les FAC jusqu'au moment de sa libération honorable, en novembre 1989. Au printemps 1986, par une progression de carrière normale, il avait atteint le grade de matelot-chef intérimaire, qualification insuffisante. Toujours dans le cours normal des choses, et à la même époque, on lui a offert de prolonger son emploi jusqu'en l'an 2002, ce qu'il a accepté. Il avait encore le grade de matelot-chef au moment de sa libération.

M. Thwaites exerçait le métier militaire d'opérateur de capteur de l'électronique navale, pour lequel il avait reçu la formation. Ce métier faisait partie des «métiers propres à la marine» en ce que presque toutes les affectations étaient des affectations en mer, c'est-à-dire, à bord de navires de guerre (pour la plupart des destroyers), plutôt qu'à terre.

<sup>3</sup> L'art. 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé de la façon suivante:

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

Prior to 1986, Thwaites on one occasion applied for remuster to another military trade and on another occasion applied to be released from the CAF. Neither of these applications was pursued to fruition.

By letter dated the 8th day of January, 1986, the Canadian Red Cross advised Thwaites that an individual who had received a transfusion of blood that included blood donated by Thwaites in 1985 had reacted negatively. Thwaites was requested to undergo blood testing. He complied with the request. By letter dated the 26th day of March, 1986, the Red Cross advised the CAF, with Thwaites' consent, that Thwaites had tested positive for HIV infection. Subsequent testing by the CAF confirmed this. Upon confirmation, the CAF forthwith referred Thwaites to Dr. Walter Schlech of Halifax who was a leading medical specialist in communicable diseases in the Atlantic region. Thwaites' military career, trade and duties were not immediately affected.

About the same time, another member of the CAF cited Thwaites to the CAF as being homosexual. As a result, an investigation was conducted and his security clearance was downgraded below the minimum required for his trade while on-board ship. In October, 1986, he was assigned temporary shore duties of a relatively menial nature. In early 1987, Thwaites' commanding officer and others recommended his release from the CAF by reason of his sexual orientation. The recommendation was not proceeded with.

Commenting on this aspect of Thwaites' difficulties with the CAF, the Tribunal had the following to say:

The evidence given by Thwaites and the CAF witnesses who testified in relation to these channels of investigation was, to say the least, confusing. The Tribunal concludes, however, that there is no doubt of two facts. First, Thwaites had every right to doubt that the reason for his recommended release was his HIV positive status and to question what knowledge of his homosexuality was being shared with those individuals who were to make the decision respecting his medical release. Secondly, all members of the CMRB who sat on August 4, 1988, had received in advance of their meeting in Ottawa, copies of

Avant 1986, M. Thwaites a demandé, à un moment donné, d'être muté à un autre métier militaire et, à un autre moment, il a demandé d'être libéré des FAC. Ni l'une ni l'autre de ces demandes n'ont été menées à terme.

Par la lettre qu'elle lui a fait parvenir le 8 janvier 1986, la Croix-Rouge canadienne a informé M. Thwaites qu'une personne qui avait reçu une transfusion dont le sang provenait en partie de celui donné par M. Thwaites en 1985 avait présenté une réaction négative. On demandait aussi à M. Thwaites de subir un examen du sang, demande à laquelle il a consenti. Par sa lettre du 26 mars 1986, avec le consentement de M. Thwaites, la Croix-Rouge informait les FAC que M. Thwaites était VIH-positif. Les tests effectués subséquemment par les FAC ont confirmé ce résultat. Les FAC ont dès lors renvoyé M. Thwaites au Dr Walter Schlech, à Halifax. Le Dr Schlech était, dans la région de l'Atlantique, l'un des meilleurs médecins spécialistes des maladies contagieuses. Il n'y a pas eu d'effet immédiat sur la carrière, le métier et les fonctions de M. Thwaites.

À peu près à la même période, un autre membre des FAC avait dénoncé M. Thwaites comme homosexuel. Par suite de cette dénonciation, une enquête a été effectuée et la cote de sécurité de M. Thwaites a été déclassée en deçà du minimum requis par son métier lors d'une affectation à bord d'un navire. En octobre 1986, on lui a temporairement confié, à terre, un poste passablement inférieur à son grade. Au début de 1987, certaines personnes, entre autres le commandant de M. Thwaites, ont recommandé sa libération des FAC pour le motif de son orientation sexuelle. Cette recommandation n'a pas été mise à exécution.

Le Tribunal a fait le commentaire suivant concernant cet aspect des difficultés qu'éprouvait M. Thwaites dans les FAC:

Les témoignages de M. Thwaites et des témoins des FAC, au sujet de ces mécanismes d'enquête, sont, c'est le moins qu'on puisse dire, déroutants. Le tribunal conclut, toutefois, que deux faits sont certains. Premièrement, M. Thwaites avait tout lieu de douter que la recommandation de sa libération ait été fondée sur le fait qu'il était VIH-positif et de se demander ce que savaient de son homosexualité les personnes qui devaient prendre une décision sur sa libération pour cause de santé. Deuxièmement, tous les membres du CRMC qui étaient présents le 4 août 1988 avaient reçu avant leur réunion à Ottawa des copies

background material which candidly discussed the earlier attempt to release Thwaites on grounds of homosexuality.<sup>4</sup>

Thwaites attended Dr. Schlech's clinic for specialist consultation on his HIV condition on a periodic basis. Also on a periodic basis, with Thwaites' concurrence, CAF medical authorities were kept advised of his condition as determined as a result of those consultations. In late October, 1987, Dr. Lynn Johnston, a communicable disease specialist and colleague of Dr. Schlech, advised CAF medical authorities by letter that she had discussed with Thwaites the possibility of his commencing treatment with a drug (AZT) which had then just entered use in Canada, on an experimental basis, with HIV positive patients. In November of the same year, Dr. Schlech wrote again to CAF medical authorities indicating Thwaites had been developing some constitutional symptoms which qualified Thwaites for the experimental AZT treatment program. Apparently without further consultation with Dr. Schlech and his colleagues, CAF medical authorities interpreted these letters and other letters of November, 1987 and January, 1988, as indicating that Thwaites had moved from an "asymptomatic" stage of HIV infection to a "symptomatic" stage. Evidence before the Tribunal indicated that the letters may have overstated Thwaites' condition in order to qualify him for the AZT treatment program. In any event, he commenced the program in January, 1988.

The AZT program required regular clinical follow-up. There was some difference of opinion as to whether the basic minimum clinical follow-up could effectively be performed aboard CAF ships, specifically destroyers and supply ships with which destroyers would rendez-vous on a regular basis while at sea. Following clinical follow-up visits, reports were made by Dr. Schlech and his colleagues to CAF medical authorities.

<sup>4</sup> Applicant's application record, at p. 27. The reference to the "CMRB" is to the Career Medical Review Board about which more will be said later.

des documents qui examinaient candidement la tentative antérieure de libérer M. Thwaites pour cause d'homosexualité<sup>4</sup>.

M. Thwaites s'est présenté régulièrement à la clinique du Dr Schlech pour y subir des examens spécialisés relativement à son état de VIH-positif. Avec le consentement de M. Thwaites, les autorités médicales des FAC étaient tenues régulièrement au courant de son état de santé, tel que déterminé par ces examens. À la fin d'octobre 1987, le Dr Lynn Johnston, spécialiste des maladies contagieuses et collègue du Dr Schlech, a informé par lettre les autorités médicales des FAC qu'elle avait discuté avec M. Thwaites de la possibilité d'entreprendre un traitement avec le médicament AZT, dont l'usage expérimental auprès des patients VIH-positifs venait juste d'être autorisé au Canada. En novembre de la même année, le Dr Schlech a de nouveau écrit aux autorités médicales des FAC, pour les informer que M. Thwaites avait développé certains symptômes de maladie constituée, ce qui lui permettrait de participer au programme expérimental de traitement à l'AZT. Sans autres consultations, semble-t-il, auprès du Dr Schlech et de ses collègues, les autorités médicales des FAC ont interprété ces lettres, et celles de novembre 1987 et de janvier 1988, comme indiquant que M. Thwaites était passé d'un stade «asymptomatique» de l'infection à VIH à un stade «symptomatique». La preuve qui a été présentée au Tribunal a indiqué que les lettres ont pu décrire l'état de santé de M. Thwaites dans des termes exagérés afin de lui permettre d'entreprendre le programme de traitement à l'AZT. Quoi qu'il en soit, M. Thwaites a commencé le traitement en janvier 1988.

Le traitement à l'AZT nécessitait que des examens cliniques de suivi soit effectués régulièrement. Les opinions n'étaient pas unanimes quant à la capacité minimale de procéder à ces examens à bord des navires des FAC, notamment les destroyers et les navires de ravitaillement que les destroyers rejoignent régulièrement lors d'opérations navales. À la suite des examens cliniques de suivi, le Dr Schlech et ses collègues ont fait des rapports aux autorités médicales des FAC.

<sup>4</sup> Dossier de la demande du requérant, p. 27. «CRMC» signifie «Conseil de révision médicale des carrières». Il en sera davantage question plus loin.

On the 14th day of March, 1988, Thwaites underwent a full medical examination under the supervision of a CAF medical officer. He was advised that the examination was for the purpose of a Career Medical Review Board review and that the review would probably result in his release from the CAF on medical grounds

Later in March, 1988 the CAF medical officer who supervised Thwaites' medical examination and two other CAF doctors of ascending authority recommended that Thwaites' need for specialist medical services rendered him unfit for CAF service at sea or in postings lacking ready access to significant medical facilities. These recommendations were apparently made without consultation with the civilian attending medical specialists other than through review of the regular reporting letters.

The regulatory structure under which these recommendations were made was in evolution at the time in question. Interim guidelines published on November 8, 1985, and still in effect in March and April, 1988, provided for individualized assessment of HIV positive members of the CAF. A draft replacement directive was issued for discussion purposes on February 2, 1988. It proposed a more arbitrary categorization of HIV infected members. During consultation, the draft was criticized and an even more arbitrary categorization was recommended. In the result, the medical directive issued on May 9, 1988 to replace the interim guidelines provided that members who had clinically expressed HIV symptoms requiring fairly frequent medical follow-up of a specialist should be categorized as medically unfit for retention in the CAF. This was the impact of the recommendations made by the three medical officers in respect of Thwaites. At the same time, Thwaites' rating in respect of his ability to perform tasks involving physical and mental activity and stress remained constant. The CAF appeared to recognize that he was healthy in appearance and able to work and maintain a normal daily schedule and to deal with the more severe and prolonged stressful demands when at sea.

Le 14 mars 1988, M. Thwaites a subi un examen médical complet sous la supervision d'un médecin militaire des FAC. M. Thwaites a été informé que cet examen médical était effectué aux fins du Conseil de révision médicale des carrières et que le Conseil conclurait probablement à sa libération des FAC pour des raisons médicales.

En mars 1988 toujours, le médecin militaire qui avait supervisé l'examen médical de M. Thwaites et deux autres médecins militaires de plus haut grade ont observé que le besoin qu'avait M. Thwaites de services médicaux spécialisés le rendait inapte au service en mer ou aux affectations où l'accès à des installations médicales suffisantes ne serait pas immédiatement possible. Ces observations ont apparemment été faites sans que les spécialistes médicaux civils aient été consultés, hormis l'étude de leurs rapports médicaux réguliers.

Le cadre décisionnel en vertu duquel ces observations ont été faites était en transformation à l'époque en cause. Les lignes directrices publiées le 8 novembre 1985, et qui étaient toujours en vigueur en mars et en avril 1988, prévoyaient l'évaluation individualisée des militaires infectés par le VIH. Une ébauche de nouvelle directive a été diffusée aux fins de consultation le 2 février 1988. Elle proposait une catégorisation plus arbitraire des militaires infectés. Au cours de la consultation, cette ébauche a été critiquée, et une catégorisation encore plus arbitraire a été recommandée. Finalement, la directive médicale qui a été communiquée le 9 mai 1988 en remplacement des lignes directrices intérimaires prévoyait que les militaires qui avaient développé des symptômes cliniques de l'infection à VIH nécessitant d'assez fréquentes visites médicales auprès d'un spécialiste devaient être catégorisés inaptes au service dans les FAC en raison de leur état de santé. C'était là l'incidence des observations faites par les trois médecins militaires relativement à M. Thwaites. Pendant cette période, l'évaluation de M. Thwaites quant à sa capacité de s'acquitter de tâches impliquant des activités et des efforts physiques et mentaux restait la même. Les FAC ont semblé reconnaître qu'il paraissait en santé et capable de travailler, de maintenir un horaire normal de travail et de faire face au surcroît de stress qu'impose pendant de longues périodes le travail en mer.

On August 4, 1988, the CAF Career Medical Review Board convened in Ottawa and reviewed Thwaites' situation. Thwaites had no notice of this meeting and was provided no opportunity to make submissions. Evidence indicated the Board would have dealt with a case such as that of Thwaites in a most summary way. The Board ordered that Thwaites be honourably discharged. Thwaites grieved the Board's decision. The substance of the grievance was eventually rejected by the Chief of the Defence Staff.

### THE ISSUES

The issues, restated from the applicant's factum with only minor and non-substantive modifications are as follows:

a) whether the Tribunal erred in applying legal principles governing determination of a "bona fide occupational requirement" ("BFOR") pursuant to paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act*,<sup>5</sup> in that:

i) it erroneously applied a higher standard than the appropriate "reasonably necessary" standard for a BFOR defence;

ii) it erroneously determined that the "risk of employee failure" sufficient to establish a BFOR "must be substantial";

iii) it erroneously required individual assessment to establish a BFOR and, alternatively, it erred in finding inadequate individual assessment of the respondent by the CAF; and

iv) it erroneously equated the duty to accommodate of adverse effect discrimination with the duty to demonstrate no reasonable alternatives for cases of direct discrimination;

<sup>5</sup> The relevant portions of s. 15 of the *Canadian Human Rights Act* read as follows:

**15. It is not a discriminatory practice if**

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide occupational requirement*.

Le 4 août 1988, le Conseil de révision médicale des carrières des FAC s'est réuni à Ottawa et a examiné la situation de M. Thwaites, qui n'a pas été informé de la tenue de cette réunion et qui n'a eu aucune possibilité de faire des observations. Il ressort de la preuve que le Conseil aurait traité un cas semblable à celui de M. Thwaites de la façon la plus sommaire. Le Conseil a ordonné que M. Thwaites soit libéré honorablement. M. Thwaites a présenté un grief concernant cette décision. Le fond du grief a par la suite été rejeté par le chef d'état-major de la défense.

### LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions en litige ont été énoncées dans le mémoire du requérant. Elles sont reprises ci-dessous avec quelques modifications mineures qui n'en changent pas la teneur:

[TRADUCTION] a) le Tribunal a-t-il commis une erreur dans l'application des principes juridiques qui doivent servir à déterminer une «exigence professionnelle justifiée» («EPJ») aux termes de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>5</sup>

i) en ce qu'il aurait fautivement appliqué un critère plus sévère que le critère du «raisonnablement nécessaire» qui doit être pris en considération pour une défense fondée sur l'EPJ?

ii) en ce qu'il aurait fautivement déterminé que «le risque d'erreur humaine suffisant» pour fonder une EPJ «doive être important»?

iii) en ce qu'il aurait fautivement exigé une évaluation individuelle pour l'établissement d'une EPJ et, subsidiairement, en ce qu'il aurait fautivement rejeté l'évaluation individuelle faite de l'intimé par les FAC?

iv) en ce qu'il aurait fautivement considéré comme identiques l'obligation d'accommodement, qui doit être respectée dans les cas de discrimination indirecte, et l'obligation d'établir

<sup>5</sup> La partie pertinente de l'art. 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigée de la façon suivante:

**15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:**

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées.

- b) whether the Tribunal erred in law in failing to accord due deference to personnel decisions made within the military structure; <sup>a</sup>
- c) whether the Tribunal erred in law in awarding excessive monetary relief to the respondent under the heads of future loss of income and past loss of income; <sup>b</sup>
- d) whether the Tribunal erred in law in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the Act; <sup>c</sup>
- e) whether the Tribunal erred in law in awarding the respondent reasonable costs of his counsel including the costs of actuarial services. <sup>d</sup>

The issue stated in paragraph (b) was not pursued on behalf of the applicant in argument before me.

The issues described in paragraph a) were responded to principally by counsel on behalf of the respondent the Canadian Human Rights Commission while the issues described in paragraphs c) to e) were responded to principally by counsel on behalf of the respondent Thwaites. <sup>e</sup>

In accordance with an order of Madam Justice Reed dated December 13, 1993, counsel for the intervenors addressed the following issues: <sup>f</sup>

1. Must the BFOR defence found in section 15 of the Act be interpreted in a manner consistent with the equality rights guaranteed in section 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*. <sup>g</sup>

2. The distinction between direct and adverse discrimination is artificial in that the employers duty to accommodate needs of disabled employees is unaffected by whether the discrimination is direct or arises from adverse impact. <sup>h</sup>

l'absence d'une autre solution raisonnable, qui doit être respectée dans les cas de discrimination directe?

b) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il n'aurait pas accordé la déférence requise aux décisions prises par l'organisation militaire en matière de gestion du personnel?

c) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il aurait accordé à l'intimé une réparation pécuniaire excessive aux chapitres de la perte de revenus future et de la perte de revenus passée?

d) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il a accordé des intérêts sur l'indemnité spéciale, dont le montant maximal de 5 000 \$ a été accordé en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi?

e) le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il a accordé à l'intimé les dépens raisonnables qu'il a assumés, dont les honoraires d'actuaire?

La question en litige énoncée dans le paragraphe b) n'a pas fait partie de l'argumentation du requérant à l'audience.

Les questions en litige énoncées dans le paragraphe a) ont fait l'objet d'une réponse principalement de la part des avocats de l'intimée Commission canadienne des droits de la personne, alors que les questions en litige des paragraphes c) à e) ont fait l'objet d'une réponse principalement de la part de l'avocate de l'intimé Thwaites. <sup>i</sup>

Conformément à l'ordonnance rendue par Madame le juge Reed le 13 décembre 1993, les avocats des intervenants ont soulevé les points suivants: <sup>j</sup>

1. Est-ce que la défense de l'EPJ que permet l'article 15 de la Loi doit être interprétée en fonction du droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. La distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte est artificielle en ce que l'obligation d'accommodement à laquelle sont tenus les employeurs face aux besoins des employés handicapés n'est pas affectée par le fait que la discrimina-

3. Individual assessment must be the norm unless it is established that such assessment is either impossible or would impose an undue hardship.

4. In determining if risk is a factor to be considered in undue hardship or in determining whether the BFOR defence has been met, the degree of risk as well as the person or persons who will bear it must be considered. To meet the BFOR test, any risk must be both real and substantial. This standard is higher if it is the disabled person who knowingly and willingly bears the risk.

It was generally conceded by all counsel that Thwaites was discriminated against by the CAF or that, in the terms of section 7 of the *Canadian Human Rights Act*,<sup>6</sup> the CAF engaged in a discriminatory practice, directly or indirectly, in the course of employment, by differentiating adversely in relation to Thwaites on a prohibited ground of discrimination, that is to say the disability constituted by his HIV positive status. Such discrimination is prohibited unless the actions of the CAF in relation to Thwaites were based on a *bona fide* occupational requirement. Further, it was generally conceded that the discrimination was “direct discrimination” rather than “adverse effect discrimination”. The significance of this latter distinction will be further discussed in the analysis portion of these reasons.

### THE TRIBUNAL’S DECISION

The decision of the Tribunal is lengthy and detailed. It is divided into the following component parts: Background Facts; The Investigations; Medical Evidence; Applicable Legal Principles; The CAF’s Position; Has the BFOR Defence Been Established; Conclusion; and Remedy.

<sup>6</sup> *Supra*, footnote 3.

tion soit directe ou qu’elle existe par suite d’un effet préjudiciable.

3. L’évaluation individuelle doit être la norme, à moins qu’il soit établi qu’une telle évaluation est impossible ou qu’elle imposerait une contrainte excessive.

4. Pour déterminer si le risque est un facteur qui doit être pris en considération relativement à la question de la contrainte excessive, ou si une défense fondée sur l’EPJ est valable, il faut tenir compte du degré de risque de même que de la ou des personnes qui l’assumeront. Pour satisfaire au critère de l’EPJ, le risque doit être à la fois réel et important. Il est encore plus difficile de satisfaire au critère si c’est la personne handicapée qui en toute connaissance de cause accepte d’assumer le risque.

Tous les avocats ont généralement admis que M. Thwaites avait été victime de discrimination de la part des FAC ou que, selon les termes de l’article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>6</sup>, les FAC avaient posé, directement ou indirectement, un acte discriminatoire en cours d’emploi en traitant M. Thwaites défavorablement pour un motif de distinction illicite, en l’espèce sa déficience provenant de son infection par le VIH. Cette distinction est illicite à moins que les gestes posés par les FAC à l’égard de M. Thwaites puissent être excusés par une exigence professionnelle justifiée. Il a de plus été généralement admis qu’il était ici question de «discrimination directe», et non de «discrimination par suite d’un effet préjudiciable». Le sens de cette dernière distinction sera précisé dans la partie analyse des présents motifs.

### LA DÉCISION DU TRIBUNAL

La décision du Tribunal est longue et détaillée. Elle est divisée de la façon suivante: Les faits; Les enquêtes; La preuve médicale; Les principes juridiques applicables; La position des FAC; L’existence d’une EPJ a-t-elle été établie?; Conclusion; Réparation.

<sup>6</sup> Précité, à la note 3.

The Tribunal's statement of the applicable legal principles was central to the argument before me and I will therefore quote from it at some length:<sup>7</sup>

[1.] In respect of the BFOR defence provided for in Section 15(a) of the CHRA, the Supreme Court of Canada initially held in *Bhinder v. C.N.* in 1985 that consideration of a BFOR was to be without regard to the particular circumstances or abilities of the individual in question. In the short span of five years, the majority of the Court in *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* [1990] 2 S.C.R. 489 reversed its position and held that in cases of adverse effect discrimination, the employer cannot resort to the BFOR defence at all. In such cases, there is now a positive duty on employers to accommodate the needs of employees disparately affected by a neutral rule unless to do so would create undue hardship for the employer. Put another way, the employer must establish that the application of the neutral rule or practice to the individual was reasonably necessary in that allowing for individual accommodation within the general application of the rule or practice would result in undue hardship. No longer, in such cases, can an employer justify its practice as a BFOR in relation to safety of employees in a general way and maintain that its discriminatory effect on certain groups of individuals is totally irrelevant.

[2.] The BFOR defence is now only available to an employer when, as in the case before us, direct discrimination is involved: *Central Alberta Dairy Pool supra*, at pp. 516-517, i.e. where the employer's rule or practice makes assumptions or generalizations about the capabilities of individuals because they belong to a particular group. In those cases, the BFOR defence allows the employer to justify its departure from the principle of individualized equal treatment by leading evidence in support of its general policy or the impossibility of individual assessment.

(c) Requirements On Employer To Establish BFOR

[3.] Even when the BFOR defence is applicable, the Supreme Court of Canada has held that the BFOR exception must be interpreted restrictively so that the larger objects of the CHRA are not frustrated. (See *University of Alberta v. Alberta Human Rights Commission* (1993), 17 C.H.R.R. D/87 at p. D/96; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202 at p. 208; *Bhinder v. C.N.* [1985] 2 S.C.R. 561 at p. 589; *Ville de Brossard v. Quebec* [1988] 2 S.C.R. 279 at p.

<sup>7</sup> For ease of reference, I have numbered the paragraphs that I have quoted from the Tribunal's decision. The first 23 numbered paragraphs are in sequence. Paragraphs that I have numbered 24 to 26 are not in sequence. The acronyms "CHRA" and "BFOR" used throughout the quotation are, of course, references to the "*Canadian Human Rights Act*" and to "*bona fide occupational requirement*".

Les arguments qui m'ont été présentés portaient principalement sur l'énoncé par le Tribunal des principes juridiques applicables. Je cite donc ci-dessous de larges extraits de la décision qu'il a rendue<sup>7</sup>:

[1.] Au sujet du moyen de défense fondé sur une EPJ prévu à l'al. 15a) de la Loi, la Cour suprême du Canada a d'abord décidé dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, qu'il fallait examiner une EPJ sans égard aux circonstances et aux capacités particulières d'un individu. Dans le bref intervalle de cinq ans, la Cour, à la majorité, a fait volte-face et conclu, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, que dans les cas de discrimination indirecte, l'employeur ne pouvait pas invoquer le moyen de défense de l'EPJ. En pareil cas, les employeurs ont désormais l'obligation positive de composer avec les besoins d'un groupe particulier d'employés lésés par une règle neutre sauf si l'employeur ne peut procéder aux accommodements sans subir des contraintes excessives. Autrement dit, l'employeur doit établir que l'application de la règle ou de la pratique neutre à l'individu était raisonnablement nécessaire du fait que composer individuellement avec ses employés, dans le cadre de l'application générale de la règle ou de la pratique, lui imposerait des contraintes excessives. L'employeur ne peut plus, en pareil cas, justifier la pratique en la qualifiant d'EPJ relative à la sécurité de l'ensemble des employés, puis affirmer que son effet préjudiciable sur certains groupes d'individus n'est absolument pas pertinent.

[2.] Le moyen de défense fondé sur l'EPJ peut maintenant être invoqué par l'employeur quand, comme en l'espèce, il s'agit de discrimination directe: arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 516 et 517, par exemple si la règle ou la pratique de l'employeur repose sur des suppositions ou des généralisations quant aux aptitudes d'individus selon leur appartenance à un groupe. Dans de tels cas, le moyen de défense fondé sur une EPJ permet à l'employeur de justifier le manquement au principe qui veut que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, en faisant la preuve du bien-fondé de sa règle générale ou de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement.

c) La charge de l'employeur d'établir l'EPJ

[3.] Même si le moyen de défense fondé sur une EPJ est applicable, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il convenait d'interpréter restrictivement l'exception découlant d'une EPJ de façon à ne pas contrecarrer les objectifs généraux de la Loi. (Voir l'affaire *University of Alberta c. Alberta Human Rights Commission*, (1993), 17 C.H.R.R. D/87, à la p. D/96 et les arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208;

<sup>7</sup> Pour faciliter la référence, j'ai numéroté les paragraphes que je cite. Les 23 premiers paragraphes se suivent dans le texte original. Les paragraphes 24 à 26 ne se suivent pas. Tout au long de la citation, la «Loi» réfère à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et le sigle «EPJ», à «exigence professionnelle justifiée».



307). As Sopinka J. stated in *Zurich Insurance v. OHRC supra* at p. 339:

“One of the reasons such legislation has been so described [of a special nature] is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable member of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed”.

[4.] As far as the burden of proof upon the employer to establish a BFOR is concerned, the applicable rule is the ordinary civil standard on the balance of probabilities (*Etoibicoke, supra*, at p. 208). Some earlier cases held that the burden might be regarded as somewhat lighter when issues of public safety were in question. However, given the Supreme Court of Canada’s direction that the BFOR exception must be restrictively interpreted, more recent decisions have held that it is inappropriate to reduce the civil standard even in cases where public safety lies at the root of the employer’s defence (*Robinson v. CAF* (1992) 15 C.H.R.R. D/95; *St. Thomas v. CAF* (1991) 14 C.H.R.R. D/301; *Seguin v. R.C.M.P.* (1989) 10 C.H.R.R. D/5980; *DeJager v. Department of National Defence* (1986) 7 C.H.R.R. D/3508).

[5.] The evidence furnished by the employer must satisfy the two branches of the test laid down by the Supreme Court of Canada in *Etoibicoke, supra*, one subjective, the other objective, in order to establish the BFOR defence. The employer must first provide subjective evidence of its good faith in establishing its policy or requirements:

“To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code.” (per McIntyre J. in *Etoibicoke supra* at p. 208)

[6.] In the past this subjective criterion has not been examined closely and Tribunals and Courts generally presumed that the employer was acting in good faith in the absence of any evidence to the contrary. Recently, however, some Tribunals have indicated that more is required to satisfy this criterion. It must mean more than merely condoning an employer for prejudices that it holds in good faith in regard to a group of persons protected by the CHRA. To do so, would only undermine the very objectives of the CHRA which are specifically to eliminate prejudices and stereotypes concerning certain groups. Accordingly, there is an onus upon an employer to show the purpose of its employment policy rule and the reasons that have led it to adopt the said policy were not founded on prejudices or stereotypes whether of the employer or of the employer’s client-

*Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, à la p. 589; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307.) Comme le dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Zurich Insurance c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, à la p. 339:

Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c’est qu’elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s’interpréter restrictivement.

[4.] Quant à la charge de l’employeur d’établir l’existence d’une EPJ, la règle applicable est la règle normale de la preuve en matière civile, c’est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités (arrêt *Etoibicoke*, précité, à la p. 208). Il ressort de certaines décisions antérieures que la charge serait tenue pour moins rigoureuse quand des questions de sécurité publique seraient en jeu. Toutefois, étant donné que la Cour suprême a dit qu’il fallait interpréter strictement l’exception fondée sur une EPJ, les tribunaux ont décidé plus récemment qu’il n’y avait pas lieu de diminuer la norme civile même dans les cas où le moyen de défense de l’employeur repose essentiellement sur la sécurité publique (*Robinson c. FAC* (1992) 15 C.H.R.R. D/95; *St. Thomas c. FAC* (1991) 14 C.H.R.R. D/301; *Seguin c. G.R.C.* (1989) 10 C.H.R.R. D/5980; *DeJager c. Ministère de la Défense nationale* (1986) 7 C.H.R.R. D/3508).

[5.] La preuve fournie par l’employeur quant au moyen de défense fondé sur une EPJ doit satisfaire aux deux volets du critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Etoibicoke*, précité, soit un élément subjectif et un élément objectif. Pour ce qui est de l’élément subjectif, l’employeur doit d’abord montrer qu’il a établi sa règle ou ses exigences de bonne foi:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d’assurer la bonne exécution du travail en question d’une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d’aller à l’encontre de ceux du Code. (Le juge McIntyre, dans l’arrêt *Etoibicoke*, précité, à la p. 208)

[6.] Dans le passé, ce critère subjectif n’a pas été examiné de près et les tribunaux ont généralement présumé que l’employeur agissait de bonne foi en l’absence de preuve contraire. Toutefois, dans certains cas récents, le tribunal a indiqué que ce critère comportait des exigences plus rigoureuses. Il ne doit pas permettre de fermer les yeux sur les préjugés qu’a de bonne foi l’employeur contre un groupe de personnes protégées par la Loi. En effet, cela serait battre en brèche les objectifs mêmes de la Loi, qui vise précisément à éliminer les préjugés et les stéréotypes à l’endroit de certains groupes. Par conséquent, l’employeur a la charge d’établir le but de sa ligne de conduite en matière d’emploi et de montrer que les raisons fondamentales de celle-ci ne sont pas ses préjugés et ses stéréotypes ou ceux de ses clients, mais bien [TRADUCTION] «des

tele but rather "in the interests of sound and accepted business practice" (Per Sopinka J. in *Zurich Insurance supra* at p. 376; also see *Robinson v. CAF, supra*, at p. D/117.)

[7.] As for the objective part of the BFOR defence, it was defined by McIntyre J. in *Etobicoke supra* at p. 208 as follows:

"In addition it [the occupational requirement] must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public."

[8.] Here, as well, there has been considerable refinement in the treatment of this objective part of the employer's evidence since it was first formulated in 1982. First, the Supreme Court has in fact imposed a burden of objective proof on the employer: "[The occupational requirement] must be related in an objective sense to the performance of the employment". This implies that the relationship between requirement and employment must be proved on the basis of real facts not on the basis of impressions. Secondly, the Supreme Court speaks of an occupational requirement that is "reasonably necessary" to ensure the adequate performance of the employment. It is a criterion of necessity not convenience (see *Robinson v. CAF, supra* at p. D/118; *Martin v. CAF T.D. 11/92*, unreported at p. 21.) An employer cannot overcome the fundamental aim under the CHRA of ensuring equal opportunity for individuals regardless of certain personal characteristics identified by the CHRA on the basis that life would be simpler for the employer, if such people were excluded. On the contrary, case law has interpreted the objective criterion of reasonable necessity in such a way as to ensure that the occupational requirement is truly necessary. In fact, one judge has gone so far (perhaps too far) as to say that the case law has evolved to the point where an employer must show that it is absolutely necessary. Marceau J. in *Levac v. CAF (F.C.A.)*, July 8, 1992, unreported at pp. 10-11 stated:

"I am prepared to admit that there is also another aspect on which this *Alberta Dairy Pool* judgment may be considered somewhat innovative, at least indirectly, particularly if the reasons of the minority are read in conjunction with those of the majority. It may have rendered the defence of BFOR even less available than previously. Until now, the prevalent view, I believe, was that, to be justified, a *bona fide* occupational requirement had to be, as expressed in *Etobicoke* (at p. 208); "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". It seems from now on that it must be, not only "reasonably", but absolutely necessary, that is, it must be without any other workable, less stringent, alternative". (But see dissenting view of Desjardins J. at p. 7.)

pratiques commerciales solidement fondées et reconnues» (le juge Sopinka, dans l'arrêt *Zurich Insurance*, précité, à la p. 341; voir aussi l'affaire *Robinson c. CAF*, précitée, à la p. D/117).

[7.] Quant à l'élément objectif du moyen de défense fondé sur une EPJ, le juge McIntyre l'a défini comme suit, dans l'arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 208:

Elle [l'exigence professionnelle] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

[8.] Encore une fois, la façon dont les tribunaux ont examiné cet élément objectif de la preuve de l'employeur a évolué beaucoup depuis sa formulation en 1982. Premièrement, la Cour suprême a de fait imposé à l'employeur un fardeau de preuve objective: «[l'exigence professionnelle] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question». Cela suppose que la preuve de la relation entre l'exigence et l'emploi doit reposer sur des faits et non sur des impressions. Deuxièmement, la Cour suprême parle d'une exigence professionnelle qui est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution convenable du travail. C'est un critère de nécessité et non de commodité (voir les affaires *Robinson c. FAC*, précitée, à la p. D/118; *Martin c. FAC*, décision du tribunal, nov. 92, inédite, à la p. 21). Un employeur ne peut pas passer outre à l'objectif fondamental de la Loi, qui est de garantir le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'épanouissement sans égard à certaines caractéristiques personnelles définies par la Loi, parce qu'il estime plus simple d'exclure certains individus. Au contraire, selon l'interprétation que la jurisprudence a donnée au critère objectif de la nécessité raisonnable, l'exigence professionnelle doit être vraiment nécessaire. En fait, un juge est allé jusqu'à dire (peut-être est-il allé trop loin) que la jurisprudence avait évolué à tel point qu'un employeur devait établir que l'exigence était absolument nécessaire. Dans l'arrêt *Levac c. FAC, C.A.F.*, 8 juillet 1992, inédit, le juge Marceau dit, aux p. 11 et 12:

Je suis prêt à reconnaître qu'il y a également un autre angle sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur, du moins indirectement, surtout si l'on rapproche les motifs de la minorité de ceux de la majorité. Il se peut que cet arrêt limite encore plus qu'auparavant les cas où le moyen de défense tiré d'une EPJ peut être invoqué. Jusqu'à maintenant, l'opinion la plus répandue voulait, je crois, que pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Etobicoke* (à la page 208), être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Il semble que désormais elle doive être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune solution de rechange réalisable et moins rigoureuse. (Voir cependant les motifs du juge Desjardins, dissidente, à la p. 7.)

The Ontario Court of Appeal more recently in *Ontario Human Rights Commission v. London Monenco Consultants Ltd* (1992) 9 O.R. (3d) 509 at pp. 516-517, stated that:

"A discriminatory qualification cannot be justified in the absence of a direct and substantial relationship between the qualification and the abilities, qualities or attributes needed to satisfactorily perform the employment given its particular nature." [Emphasis added.]

[9.] Moreover, if an employer is relying upon a general rule of exclusion, it must explain why as a practical alternative, it was not possible to assess individually the risk presented by each employee and thus had to impose a blanket practice. (*Wardair Canada Inc. v. Cremona* (F.C.A.) October 9, 1992, unreported at p. 6; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatoon* [1989] 2 S.C.R. 1297 at pp. 1313-14; *Central Alberta Dairy Pool supra* at p. 518).

[10.] The employer must also show that its practice or rule is not disproportionate in that there are no other means less prejudicial to the concerned group's right to equal treatment than its general exclusion on the basis of the criterion employed. (*Ville Brossard, supra* at p. 312; *Central Alberta Dairy Pool, supra* at pp. 526-527).

d) Distinction Between Direct Discrimination and Adverse Effect Discrimination

[11.] The logical conclusion from this analysis is that there is very little, if any, meaningful distinction between what an employer must establish by way of a defence to an allegation of direct discrimination and a defence to an allegation of adverse effect discrimination. The only difference may be semantic. In both cases, the employer must have regard to the particular individual in question. In the case of direct discrimination, the employer must justify its rule or practice by demonstrating that there are no reasonable alternatives and that the rule or practice is proportional to the end being sought. In the case of adverse effect discrimination, the neutral rule is not attacked but the employer must still show that it could not otherwise reasonably accommodate the individual disparately affected by that rule. In both cases, whether the operative words are "reasonable alternative" or "proportionality" or "accommodation", the inquiry is essentially the same: the employer must show that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual.

e) Safety Risk as a BFOR

(i) Increase in Risk

[12.] It was once thought that, an employer, relying on safety reasons, as in the present case, could establish a BFOR by merely showing that the employment of such individuals would result in a marginal increase of risk to public safety. (*Bhinder, supra*; *Canadian Pacific v. Canada* ([sub-nom. *Mahon v. Canadian Pacific*] Mahon) [1988] 1 F.C. 209). It is now clear that the standard that the employer must meet is that the group of persons in question excluded by the employment practice will present a "sufficient risk of employee failure" (see

Plus récemment, dans l'arrêt *Ontario Human Rights Commission v. London Monenco Consultants Ltd.*, (1992), 9 O.R. (3d) 509, aux p. 516 et 517, la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci:

[TRADUCTION] Une exigence professionnelle ne peut pas être justifiée en l'absence d'un lien direct et important entre l'exigence et les aptitudes, qualités ou attributs nécessaires pour exécuter le travail de façon satisfaisante, compte tenu de sa nature particulière. (Non souligné dans le texte original.)

[9.] Par surcroît, si un employeur fait valoir une règle générale d'exclusion, il doit expliquer pourquoi l'évaluation individuelle du risque associé à chaque employé ne représentait pas une solution pratique et pourquoi il a fallu imposer une règle générale. (Arrêts *Wardair Canada Inc. c. Cremona*, C.A.F., 9 octobre 1992, inédit, à la p. 6; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux p. 1313 et 1314; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 518.

[10.] L'employeur doit aussi établir que sa pratique ou sa règle n'était pas disproportionnée en ce sens qu'il n'existait pas de moyens, autres que l'exclusion générale fondée sur le critère retenu, moins attentatoires au droit du groupe concerné à l'égalité de traitement. (Arrêts *Brossard (Ville)*, précité, à la p. 312; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 526 et 527.)

d) La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (indirecte)

[11.] Cette analyse nous conduit logiquement à conclure qu'on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu'un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination directe et ce qu'il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte. La seule différence est peut-être d'ordre sémantique. Dans les deux cas, l'employeur doit tenir compte de l'individu en cause. Dans le cas de la discrimination directe, l'employeur doit justifier sa règle ou sa pratique en montrant qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable et que la règle ou la pratique est proportionnée au but visé. Dans le cas de la discrimination indirecte, la règle neutre n'est pas contestée, mais l'employeur doit tout de même montrer qu'il n'aurait pas pu composer autrement avec l'individu lésé particulièrement par cette règle. Dans les deux cas, que les mots clefs soient «autre solution raisonnable», «proportionnalité» ou «accommodement», l'examen a le même objet: l'employeur doit montrer qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu.

e) Les risques en matière de sécurité en tant qu'EPJ

(i) L'augmentation du risque

[12.] On a cru à un moment donné qu'un employeur pouvait, en faisant valoir des raisons de sécurité, comme en l'espèce, établir une EPJ en montrant simplement que l'embauchage de certains individus résulterait en une légère augmentation des risques pour la sécurité publique. (Arrêts *Bhinder*, précité; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* [sub nom. *Mahon c. Canadien Pacifique*] (Mahon), [1988] 1 C.F. 209.) Il est apparu clairement aujourd'hui que la norme à laquelle l'employeur doit satisfaire

*Etoibicoke*, supra at p. 210; *Central Alberta Dairy*, supra, at p. 513; *Robinson v. CAF*, supra at p. D/119-D/123.)

[13.] This test of sufficient risk has been recently confirmed by the Federal Court of Appeal in *Attorney-General of Canada v. Rosin* [1991] 1 F.C. 391. Noting that Wilson, J. had held in *Central Alberta Dairy Pool*, supra -pp. 512-513, that the Supreme Court had erred in *Bhinder*, in accepting as evidence of BFOR the proof of a very slight increase in risk for the safety of the employee, Linden J. dismissed on behalf of the Court in *Rosin* the position that proof of any risk, even the most minimal, constitutes proof of sufficient risk consistent with a BFOR. (Linden J. indicated that the Federal Court of Appeal decision in *Canadian Pacific v. Canada (Mahon)* supra may have been impliedly overruled as well).

[14.] The Tribunal in *Robinson v. Canadian Armed Forces*, supra recently rendered a decision along the same lines. In that case, which dealt with a policy excluding persons suffering from epilepsy from the Armed Forces, the Tribunal concluded that in light of the decision in *Central Alberta Dairy Pool*, the criterion of unacceptable risk stated by MacGuigan, J. in *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 had again become the applicable criterion for sufficient risk. According to the Tribunal, this criterion means that proof of a slight or negligible risk is not sufficient to constitute a BFOR. It seems that the risk must be substantial.

[15.] The significant risk standard recognizes that some risk is tolerable in that human endeavours are not totally risk free. While this standard protects genuine concerns about workplace safety, it does not guarantee the highest degree of safety which would be the elimination of any added risk. What it does, is ensure that the objectives of the CHRA are met by seeking to integrate people with disabilities into the workplace even though such persons may create some heightened risk but within acceptable limits.

(ii) Measuring the Increase in Risk

[16.] The thorny question is determining when some increased risk amounts to significant risk. What must be evaluated, in each case, is whether the risk to safety is sufficiently high to be described as unacceptable in relation to a particular job. In *Levac v. CAF* (1991) 15 C.H.R.R. D/175 aff'd, A.G. of Canada v. Levac, July 8, 1992, unreported, the evidence was that the complainant who had a heart condition, was at an eight to ten per cent risk of having a heart attack within the next five years (or six to nine per cent within the next three years); and he was two to three times more likely to die if he was at sea when a heart attack occurred because of the remoteness of care at sea than if he was on shore. This was not considered sufficient risk. In *DeJager v. DND* (1987) 7 C.H.R.R. D/3508, there was evidence that there would be increased danger or risk to the Complainant in that case, an asthmatic, if he were to be in an isolated post, away from medical attention but the Tribunal did

est celle-ci: le groupe de personnes en question, qui est exclu par la pratique en matière d'emploi, présente «un risque d'erreur humaine suffisant» (voir les arrêts *Etoibicoke*, précité, à la p. 210; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 513; et l'affaire *Robinson c. FAC*, précitée, aux p. D/119 à D/123).

[13.] La Cour d'appel fédérale a récemment confirmé ce critère du risque suffisant dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391. Faisant observer que le juge Wilson avait décidé dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 512 et 513, que la Cour suprême avait commis une erreur dans l'arrêt *Bhinder*, en acceptant comme preuve d'une EPJ la preuve d'une très légère augmentation du risque couru par l'employé, le juge Linden a rejeté, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Rosin*, le point de vue selon lequel la preuve de tout risque, même le plus infime, constitue la preuve d'un risque suffisant compatible avec une EPJ. (Le juge Linden a indiqué que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Canadien Pacifique c. Canada* (Mahon), précité, avait peut-être été écarté implicitement lui aussi.)

[14.] Dans l'affaire *Robinson c. Forces armées canadiennes*, précitée, le tribunal a rendu une décision fondée sur les mêmes principes. Dans cette affaire-là, qui portait sur une ligne de conduite excluant les épileptiques des Forces armées, le tribunal a conclu qu'étant donné l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, le critère du risque inacceptable énoncé par le juge MacGuigan dans l'arrêt *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209, était redevenu le critère applicable au risque suffisant. D'après le tribunal, ce critère signifie que la preuve d'un risque faible ou négligeable n'est pas suffisante pour constituer une EPJ. Il semble que le risque doit être important.

[15.] La norme du risque important reconnaît la nécessité de tolérer un certain degré de risque car les activités humaines ne sont pas absolument sans risque. Certes, cette norme protège les préoccupations légitimes au sujet de la sécurité en milieu de travail, mais elle ne garantit pas le degré le plus élevé de sécurité, soit l'élimination de tout risque accru. En effet, elle fait en sorte que les objectifs de la Loi soient atteints en favorisant l'intégration professionnelle des personnes qui ont des déficiences, bien qu'il en résulte une augmentation des risques, qui est cependant contenue dans des limites acceptables.

(ii) La mesure de l'accroissement du risque

[16.] La question épineuse à trancher concerne la manière de déterminer dans quels cas un accroissement de risque représente un risque important. Ce qu'il faut évaluer dans chaque cas, c'est si le risque en matière de sécurité est suffisamment grand pour être tenu pour inacceptable par rapport à un emploi donné. Dans la décision *Levac c. FAC* (1991) 15 C.H.R.R. D/175, confirmée *Canada (Procureur général) c. Levac*, 8 juillet 1992, inédit, la preuve a montré qu'étant donné l'état du plaignant, cardiaque, la probabilité qu'il fasse une crise avait été évaluée à huit à dix pour cent d'ici cinq ans (ou six à neuf pour cent d'ici trois ans); et il y avait de deux à trois fois plus de chances qu'il meure s'il était en mer, plutôt que sur la terre ferme, au moment de la crise cardiaque à cause de l'éloignement des services de santé. Ce risque n'a pas été tenu pour suffisant. Dans l'affaire *DeJager c. MDN* (1987) 7 C.H.R.R. D/3508, certains éléments de preuve établissaient l'existence

not find this to be a sufficient risk so as to justify the CAF discriminating against him.

[17.] The dividing line between insufficient and sufficient risk is ultimately judgmental and turns on the circumstances of each case. In particular, a careful assessment would have to be made of the actual health and safety risks posed by such employees and how they compare with other risks that the employer is willing to accept. If such risks were determined to be significantly higher, then it would have to be asked whether there are any reasonable measures that can be put in place to minimize such risks to an acceptable level—a level that makes them comparable with other tolerated risks.

[18.] The determination of significant risk requires a Tribunal to balance the disabled individual's interest in working and participating in society against the need to protect that individual and others from harm. In an attempt to strike the appropriate balance, it is appealing to rely upon percentages of increased risk. High percentages of say 80% or even 50% can be quite compelling. However, this is a less useful tool when the percentages are low. A raw percentage figure of say 2% or 3% or even 12% might seem appreciable to one person and yet quite small or insignificant to another. Since reasonable people can reach very different conclusions based upon an abstract percentage, it may not provide the appropriate or sole benchmark for drawing the necessary conclusion. This seemed to trouble the Tribunal in *Levac v. CAF supra* at pp. D/193-194, as well.

[19.] Significant risk can best be measured in the context of the particular job and then only in comparison with other risks posed by that workplace. In this way, other tolerable risks arising from the employment establish risk thresholds. If risks of comparable magnitude are acceptable in a particular work environment then risks posed by a person who is HIV positive cannot be considered significant. By utilising a comparative risk analysis, there is recognition that employers cannot expect a completely risk free work environment. Instead, the standard of significant risk seeks to eliminate those risks that pose a significant or substantial threat to health and safety. In any particular situation, one must determine when risks are deemed significant and thus unacceptable by identifying the nature and quantum of other risks that are tolerated as acceptable in that particular work environment. By applying a comparative risk analysis, one can best determine if the risk is substantial. (See generally S.D. Watson, "Eliminating Fear Through Comparative Risk: Docs, AIDS and the Anti-Discrimination Ideal" (1992) 40 *Buffalo L. Rev.* 738).

(iii) Nature of the Evidence of Risk

[20.] Whenever an employer relies on health and safety considerations to justify its exclusion of the employee, it must show

d'un danger ou d'un risque accru pour le plaignant du fait de son asthme, s'il était affecté à un poste en région isolée, loin des hôpitaux, mais le tribunal n'a pas conclu que cela constituait un risque suffisant, justifiant l'acte discriminatoire des FAC à son endroit.

[17.] La ligne de démarcation entre le risque suffisant et le risque insuffisant est en dernière analyse une affaire de jugement et dépend des circonstances de l'espèce. En particulier, il y a lieu d'évaluer soigneusement les risques réels pour la santé et la sécurité que présentent les employés et de les comparer aux autres risques que l'employeur est disposé à accepter. S'ils sont jugés beaucoup plus grands, il faut alors se demander si d'autres mesures raisonnables peuvent être prises qui réduiraient ces risques au minimum et les rendraient acceptables—c'est-à-dire comparables aux autres risques tolérés.

[18.] Pour déterminer si un risque est important, le tribunal doit mettre en balance, d'une part, l'intérêt de la personne atteinte de déficience en ce qui a trait au travail et à la vie en société et, d'autre part, la nécessité de protéger celle-ci et d'autres contre tout préjudice. Pour réaliser l'équilibre voulu, il est tentant de recourir à des pourcentages d'augmentation de risque. Des pourcentages élevés, mettons de 80 p. 100 ou même de 50 p. 100, peuvent être très persuasifs. Toutefois, cet outil se révèle moins utile si les pourcentages sont peu élevés. Un pourcentage brut, mettons de 2 p. 100 ou de 3 p. 100, voire de 12 p. 100, peut sembler appréciable pour une personne, mais assez faible ou insignifiant pour une autre. Comme des personnes raisonnables peuvent en arriver à des conclusions très différentes sur la foi d'un pourcentage abstrait, cela ne peut pas être un point de repère convenable ou le seul qui permette de tirer la conclusion qui s'impose. Le tribunal a semblé s'inquiéter aussi de cette difficulté dans l'affaire *Levac c. FAC*, précitée, aux p. D/193 et D/194.

[19.] C'est par rapport à l'emploi particulier que l'on peut le mieux mesurer le risque important et seulement par comparaison avec les autres risques rattachés au milieu de travail. De cette manière, les autres risques tolérables que présente l'emploi établissent des seuils de risque. Si des risques d'ampleur comparable sont acceptables dans un milieu de travail donné, alors les risques que présente une personne VIH-positive ne peuvent pas être considérés comme importants. En recourant à une analyse comparative des risques, on reconnaît que les employeurs ne peuvent pas compter sur un milieu de travail totalement sûr. Au lieu de cela, la norme du risque important a pour but de supprimer les risques qui constituent une menace importante à la santé et à la sécurité. Dans chaque cas, il faut déterminer quel risque sera tenu pour important et donc inacceptable, en précisant la nature et l'ampleur des autres risques qui sont tolérés parce qu'ils sont acceptables dans un milieu de travail particulier. En faisant une analyse comparative des risques, on est plus à même de déterminer si le risque est important. (Voir, de façon générale, S.D. Watson, «Eliminating Fear Through Comparative Risk: Docs, AIDS and the Anti-Discrimination Ideal» (1992) 40 *Buffalo L. Rev.* 738.)

(iii) La nature de la preuve du risque

[20.] Quand un employeur fait valoir des raisons de santé et de sécurité pour justifier son exclusion de l'employé, il doit mon-

that the risk is based on the most authoritative and up to date medical, scientific and statistical information available and not on hasty assumptions, speculative apprehensions or unfounded generalizations (*Heincke et al. v. Emrick Plastics et al.* (1992) 55 O.A.C. 33 at 37-38 (Div. Ct.); *Etobicoke supra* at p. 212; *Rodger v. C.N.* (1985) 6 CHRR D/2899 at p. 2907).

(f) Reasonable Alternatives or Accommodation if No Undue Hardship

[21.] The importance of searching for reasonable alternatives or accommodating the individual to permit him or her to do the job or to lessen any risk (if risk is a factor) is now the bedrock of human rights law in this country. Indeed, without such accommodation, the protection given by the CHRA to certain groups, the disabled in particular, would be quite illusory. Anne M. Molloy, in "Disability and the Duty To Accommodate" (1992) 1 *Can Lab. Law Journal* 23 put it well at p. 26:

"For persons with disabilities, the right to accommodation goes to the very heart of equality. To appreciate the importance of this right, one must understand the reality of discrimination. Much of the problem is attitudinal. The barriers to people with disabilities in employment are rarely rooted in loathing or malevolence. On the contrary, the discrimination is quite often perpetrated with the best of intentions—a genuine concern about the capabilities of persons with disabilities, a desire to protect disabled person from harm or injury or to shield him or her from the embarrassment of what is seen as the inevitability of his failure to measure up. While this may explain the discrimination, it does not, of course, excuse it nor does it make the ugliness of its result any more acceptable. The accommodation of differences for persons with disabilities therefore requires overcoming the ignorance, stereotypical attitudes and paternalism that are the source of much of the overt disability discrimination."

[22.] Accordingly, the pendulum has swung such that a BFOR can rarely be established if the rule or practice makes generalizations about people solely on the basis of disability without regard to the particular circumstances of the specific class of individuals affected. Moreover, in order for there to be true individualization, a close assessment should be made of the individual in question since even persons with the same disability vary markedly in how they personally function and cope with their affliction or vary in the degree of impairment because of the different stages of their infirmity. This was emphasized by Ms. Molloy in her article at p. 26:

"It is of critical importance that the accommodation of persons with disabilities be approached on an individual basis. Disabilities differ dramatically, one from another. There are also great individual variations within the same disability group. The effect of a particular disability on a particular person is very individualized and the accommodation of that

trer que le risque est fondé sur l'information médicale, scientifique et statistique la plus documentée et la plus à jour et non sur des suppositions hâtives, des appréhensions hypothétiques ou des généralisations sans fondement (*affaire Heincke et al. v. Emrick Plastics et al.* (1992) 55 O.A.C. 33, aux p. 37 et 38 (C. Div.); arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 212; *affaire Rodger c. C.N.* (1985) 6 C.H.R.R. D/2899, à la p. D/2907).

D) Autres solutions raisonnables ou accommodements, sans contrainte excessive

[21.] L'importance de rechercher des solutions de rechange raisonnables ou des moyens d'accommodement de l'individu qui lui permettent d'exercer ses fonctions ou qui réduisent le risque (si le risque est un facteur) est désormais à la base des lois relatives aux droits de la personne au Canada. En effet, sans accommodement, la protection accordée par la Loi à certains groupes, les personnes handicapées surtout, serait tout à fait illusoire. Dans son article «Disability and the Duty To Accommodate» (1992) 1 *Can Lab. Law Journal* 23, Anne M. Molloy exprime cette idée avec justesse, à la p. 26:

[TRADUCTION] Pour les personnes handicapées, le droit à l'accommodement est essentiel à l'égalité. Pour bien juger de l'importance de ce droit, il faut saisir en quoi consiste vraiment la discrimination. Le problème est pour une bonne part question d'attitude. Les obstacles que doivent surmonter les handicapés en milieu de travail ont rarement pour origine la répugnance ou la malveillance. Au contraire, la discrimination est souvent le fait de gens bien intentionnés—qui se soucient véritablement des aptitudes des handicapés, qui veulent les protéger contre le préjudice ou les blessures, ou les mettre à l'abri de l'embarras qui, à leurs yeux, résultera inévitablement de leur incapacité d'être à la hauteur. Certes, cela peut expliquer la discrimination, mais cela ne l'excuse pas, bien sûr, et cela ne rend pas plus acceptable le résultat, qui n'est pas beau à voir. Composer avec les différences associées aux handicaps exige donc de venir à bout de l'ignorance, des stéréotypes et du paternalisme qui sont la source d'une grande partie de la discrimination manifeste contre les personnes atteintes de déficiences.

[22.] En conséquence, le mouvement du pendule a été tel qu'on peut rarement établir une EPJ si la règle ou la pratique repose sur des généralisations touchant certaines personnes, qui ne se rapportent qu'à leur déficience et ne prennent pas en considération les circonstances particulières de la classe de personnes visée. Au surplus, pour qu'il y ait véritablement évaluation individuelle dans un cas donné, l'individu touché doit être pris en compte car même les personnes atteintes de la même déficience présentent des écarts marqués en ce qui a trait à la manière dont elles s'acquittent de leurs fonctions et à la manière dont elles surmontent leur handicap ou en ce qui a trait à leur degré d'invalidité. Dans son article, précité, à la p. 26, Mme Molloy souligne ce fait:

[TRADUCTION] Il est de la plus haute importance de composer avec les personnes handicapées de façon individuelle. Les handicaps varient considérablement. Ils présentent aussi des différences individuelles importantes au sein d'un groupe donné. L'effet d'une déficience particulière sur une personne est très individualisé et il y a donc lieu d'individuali-

disability must therefore also be individualized. In some cases, all that will be required is a little flexibility and creativity. In others, advances in technology will provide a means for a person with a disability to perform a job that years ago would have been utterly impossible. The key in all cases is to consider the individual needs and to provide the individualized accommodation required to meet those needs in a manner consistent with the employee's dignity and self-worth."

[23.] It should be acknowledged that this may add some risks and make matters somewhat more burdensome for employers but this is a small price to pay for the higher value that society has placed on equal opportunity. (In a different context see *Huck v. Canadian Odeon Theatres* [1985] 3 W.W.R. 717 at 744 (Sask. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused.) An employer cannot rely on undue hardship unless it would be forced to take action requiring significant difficulty or expense which would clearly place upon the business enterprise an undue economic or administrative burden. Professor Cumming in *Mahon v. Canadian Pacific* (1986) 7 CHRR D/3278 stated at p. D/3305:

"It would be less costly in the immediate, narrow economic sense simply to allow employers who act with honesty of motive . . . to preclude the disabled from being employed. Difficult evaluations, with attendant time-consuming uncertainty and expense, would be avoided. However, our society has chosen the course of ensuring 'equality of opportunity' for the disabled in respect of employment, because the immediate cost and difficulty in employment decision-making is far outweighed by the protection and enhancement of core values for the disabled, and hence indirectly, for all members of society. It is only through the extension of equality of opportunity to the disabled as with other so-called minority groups, that a society can say it is truly free and just."

Against this statement of legal principles, the Tribunal proceeds to determine whether the CAF has established a BFOR defence on the basis of its enunciated position and on the facts of this case. As to the subjective element of the test for a BFOR defence, the Tribunal concludes as follows:

[24.] We heard testimony from all of the relevant CAF individuals involved in the process and we found them to be credible on this issue. Although the overlap of the two matters is striking, we find that on balance the CAF held the honest belief that Thwaites' medical condition had proceeded to the point where he required ongoing specialist care which could not be made

ser l'accommodement requis. Parfois, il suffit d'un peu de souplesse et de créativité. D'autres fois, les progrès de la technologie offrent à une personne handicapée le moyen d'exécuter un travail qu'il lui aurait été impossible d'accomplir il y a quelques années. Dans tous les cas, la solution réside dans la prise en compte des besoins de l'individu et dans l'accommodement individualisé nécessaire à la satisfaction de ces besoins d'une manière compatible avec la dignité et le mérite de l'employé.

[23.] Il convient de reconnaître que cela peut créer certains risques et augmenter quelque peu le fardeau des employeurs, mais c'est consentir au bien petit sacrifice au regard de la valeur supérieure que la société attache à l'égalité des chances d'épanouissement. (Dans un autre contexte, voir l'arrêt *Huck v. Canadian Odeon Theatres*, [1985] 3 W.W.R. 717, à la p. 744 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée.) Un employeur ne peut pas faire valoir la contrainte excessive à moins d'être forcé de prendre des mesures comportant des difficultés importantes ou nécessitant des frais importants qui représenteraient nettement pour l'entreprise un fardeau excessif sur les plans économique ou administratif. Dans l'affaire *Mahon c. Canadien Pacifique* (1986) 7 C.H.R.R. D/3278, à la p. D/3305, le professeur Cumming dit ceci:

Il serait moins coûteux, au sens économique restreint et immédiat, de permettre simplement aux employeurs qui font preuve d'un mobile honnête [. . .] d'empêcher les handicapés d'obtenir un emploi. On éviterait ainsi d'avoir à faire des évaluations difficiles et d'y consacrer le temps nécessaire, ainsi que l'incertitude et les dépenses qui s'y rattachent. Toutefois, notre société a choisi d'assurer «l'égalité des chances» en matière d'emploi aux handicapés parce que le coût immédiat et la difficulté dans la prise de décision quant à l'emploi sont beaucoup moins importants que la protection et l'encouragement des valeurs fondamentales du handicapé et de là, indirectement, de tous les membres de la société. Ce n'est qu'en étendant «l'égalité des chances» aux handicapés tout comme aux autres soi-disant groupes minoritaires, qu'une société peut se dire franchement libre et équitable.

Au regard de cet énoncé de principes juridiques, le Tribunal entreprend de déterminer si les FAC ont établi une EPJ, compte tenu de la position qu'elles ont adoptée et des faits de l'espèce. Quant à l'élément subjectif entrant dans la défense fondée sur une EPJ, le Tribunal conclut de la façon suivante:

[24.] Le tribunal a entendu toutes les personnes des FAC qui sont intervenues dans le processus et dont le témoignage était pertinent; il les a jugées crédibles à cet égard. Bien que l'imbrication des deux questions saute aux yeux, le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que les FAC croyaient sincèrement que l'évolution de la maladie du plai-

available to him at sea. Accordingly, we find that the CAF has satisfied the subjective element of the BFOR test.<sup>8</sup>

With respect to the objective element of the test, the Tribunal concludes that the Career Medical Review Board process “was nothing more than a paper review” and that “Thwaites was never given the benefit of any meaningful individual assessment which is his right under the law.” The Tribunal goes on to examine whether any reasonable measures were examined to lessen any increased risk that might have been posed if Thwaites had been retained in the CAF and, more specifically, if he had remained in a “hard sea trade” where he would have been required to spend extensive periods at sea. It concludes that risk could have been diminished but would nonetheless have remained and that the remaining risk arising from his condition would not have been “sufficient to warrant his exclusion.” Finally, the Tribunal examined other alternatives to release. It concluded that the CAF’s sea/shore ratio was sufficiently flexible to allow for the “accommodating” of Thwaites without causing the CAF “undue hardship”. On the basis of its analysis, the Tribunal concluded that the objective element of the test to establish a valid BFOR defence was not met and that the release of Thwaites from the CAF was “too drastic”. It stated that “Medical limitations’ policy in the CAF supports accommodation and yet no attempt at any accommodation was made for Thwaites.”

The Tribunal’s conclusion is in part in the following terms:

[25.] When all is said and done, the one real issue that this Tribunal must decide is whether the Respondent, CAF, could (and should) have made further enquiries of Dr. Schlech, Dr. Johnston and Thwaites himself following receipt by the CAF’s non-specialist medical personnel of Dr. Schlech’s November 12, 1987 letter. Alternatively, could (and should) the CAF have taken the opportunity to have Dr. Schlech, Dr. Johnston or Thwaites appear personally before the CMRB in order that there be a proper opportunity for individualized assessment?

<sup>8</sup> The two overlapping matters referred to are Thwaites’ disability and his sexual orientation and the related investigations within the CAF.

gnant faisait en sorte qu’il avait besoin de soins spécialisés continus qui ne pouvaient lui être prodigués en mer. En conséquence, le tribunal est d’avis que les FAC ont établi l’élément subjectif de L’EPJ<sup>8</sup>.

<sup>a</sup> Quant à l’élément objectif de la défense, le Tribunal conclut que le processus du Conseil de révision médicale des carrières «était essentiellement théorique» et que «pas une fois M. Thwaites n’a pu obtenir, comme la loi lui en donnait le droit, que les FAC procèdent à une évaluation individuelle digne de ce nom». Le Tribunal examine ensuite si des mesures raisonnables ont été envisagées dans le but de limiter l’accroissement du risque qui aurait pu s’ensuivre si M. Thwaites avait été maintenu dans les FAC et, plus particulièrement, dans l’un des métiers propres à la marine qui l’aurait forcé à passer de longues périodes en mer. Il conclut que le risque aurait pu être diminué, mais que le risque qui serait quand même resté, compte tenu de son état, n’aurait pas été «suffisant[e] pour justifier son exclusion des FAC». Finalement, le Tribunal examine d’autres solutions possibles. Il conclut que le rapport service en mer/service à terre était assez souple dans les FAC pour permettre de prendre des mesures d’«accommodement» à l’égard de M. Thwaites, sans que cela cause aux FAC des «contraintes excessives». Par suite de son analyse, le Tribunal a conclu que l’élément objectif d’une défense d’EPJ n’était pas établi et que la libération de M. Thwaites des FAC a constitué une mesure «trop radicale». Et il a ajouté: «La politique des FAC en matière de restrictions médicales permet l’application de mesures d’accommodement, pourtant [l’]intimée n’[a] jamais fait d’effort en ce sens pour M. Thwaites».

La conclusion du Tribunal est rédigée en partie de la façon suivante:

[25.] En conclusion, la véritable question que le tribunal doit trancher est celle de savoir si les FAC, intimée, pouvaient (et si elles auraient dû) s’informer davantage auprès du docteur Schlech, de la docteure Johnston et de M. Thwaites lui-même après que leur personnel médical non spécialisé eut pris connaissance de la lettre du docteur Schlech datée du 12 novembre 1987. Le tribunal doit déterminer, subsidiairement, si les FAC pouvaient (et si elles auraient dû) inviter le docteur Schlech, la docteure Johnston ou M. Thwaites lui-même à comparaître

<sup>8</sup> Les deux questions imbriquées auxquelles il est ici fait référence sont la déficience et l’orientation sexuelle de M. Thwaites, et les enquêtes internes s’y rapportant.



[26.] As a question of fact and bearing in mind the purpose of the governing legislation, we conclude, however, that the CAF did not go far enough and did not do what it could to reasonably and properly assess Thwaites. It failed to make a full assessment of Thwaites' condition and determine whether he was exposed to risks significantly greater than the usual risks for those who are not disabled of going to sea and being remote from hospital facilities and specialist care should an unexpected medical emergency arise. In essence, the CMRB decision to dismiss him was not based upon the most authoritative and up-to-date medical, scientific and statistical information available. No individual assessment was performed to determine how he was functioning at the various stages of his infirmity. Moreover, the CAF has failed to show that it could not otherwise reasonably and practically accommodate Thwaites' needs without exposing him or others to unacceptable risks. Nor did it demonstrate that no other reasonable or practical alternative (other than dismissal) could have been found for Thwaites. Accordingly, the complaint has been substantiated.<sup>9</sup>

The Tribunal then goes on to deal with the issue of remedy. I will return to this subject at a later stage in these reasons. The remedy provided, which falls short of reinstatement but is nonetheless substantial and here in dispute, is recited at page 42 of these reasons.

### STANDARD OF REVIEW

The issues before me as earlier described in these reasons are, I think without question, questions of law. Having reached the same conclusion as to the issues in *Cluff v. Canada (Department of Agriculture)*,<sup>10</sup> I made and adopted the following comments in the reasons for my order therein regarding the standard of review [at pages 184-185]:

... the following quotation from the reasons of La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop* succinctly states the standard of review in this matter:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the

<sup>9</sup> The conclusion elaborated in paragraph 26 and stated to be "a question of fact" is not, in my opinion, a question of fact but rather a conclusion of law.

<sup>10</sup> [1994] 2 F.C. 176 (T.D.).

devant le CRMC afin d'assurer une possibilité convenable d'examen individualisé.

[26.] Relativement aux faits, le tribunal, gardant à l'esprit l'objectif visé par la loi applicable, conclut toutefois que les FAC n'ont pas poussé assez loin leurs efforts et n'ont pas fait tout ce qu'elles ont pu pour arriver à une évaluation correcte et raisonnable de la situation. Leur évaluation de l'état de santé du plaignant a été tronquée et elles n'ont pas établi si, en cas d'urgence médicale imprévue, celui-ci courait, du fait de sa maladie, des risques substantiellement supérieurs aux dangers auxquels les marins n'ayant pas de déficience s'exposaient habituellement en allant en mer, loin de toute installation hospitalière ou de soins spécialisés. Essentiellement, la décision du CRMC de l'exclure des Forces ne reposait pas sur les renseignements médicaux, scientifiques et statistiques les plus documentés et les plus à jour. Aucune évaluation individualisée n'a été faite afin de déterminer comment il fonctionnait aux divers stades de la maladie. Qui plus est, les FAC n'ont pas démontré qu'il ne leur était pas raisonnablement et pratiquement possible de tenir compte des besoins de M. Thwaites sans faire courir de risques inacceptables à ce dernier ou à d'autres personnes. Elles n'ont pas établi non plus qu'elles n'ont pu trouver une solution raisonnable et pratique autre que la libération. En conséquence, la plainte est bien-fondée.<sup>9</sup>

Le Tribunal entreprend alors l'étude de la réparation recherchée. Je reviendrai sur cette question plus loin dans les présents motifs. La réparation accordée, qui ne va pas jusqu'à la réintégration, mais qui n'en est pas moins substantielle et qui est ici contestée, est citée à la page 42 des présents motifs.

### LA NORME D'ANALYSE APPLICABLE

Il n'y a pas lieu de douter, quant à moi, que les questions en litige exposées précédemment sont des questions de droit. Étant arrivé à la même conclusion que dans l'affaire *Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture)*<sup>10</sup>, j'adopte ici les commentaires que, dans les motifs de ma décision, j'ai alors faits quant à la norme d'analyse applicable [aux pages 184 et 185]:

... l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop* énonce succinctement la norme d'analyse applicable en la matière:

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui

<sup>9</sup> La conclusion élaborée dans le paragraphe 26 «relativement aux faits» n'est pas, à mon avis, une «question de fait», mais plutôt une conclusion de droit.

<sup>10</sup> [1994] 2 C.F. 176 (1<sup>re</sup> inst.).

province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not a standard of reasonability. <sup>a</sup>

In reviewing the decision of the Tribunal herein "on the basis of correctness", the following extract from the reasons of La Forest J. in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* is generally instructive: <sup>b</sup>

The purpose of the Act is set forth in s. 2 as being to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by discriminatory practices based on certain prohibited grounds of discrimination, including discrimination of the ground of sex. As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"; see also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, per Lamer J., at pp. 157-58. By this expression, it is not suggested, of course, that the Act is somehow entrenched but rather that it incorporates certain basic goals of our society. More recently still, Dickson C. J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (the *Action Travail des Femmes* case), [1987] 1 S.C.R. 1114, emphasized that the rights enunciated in the Act must be given full recognition and effect consistent with the dictates of the *Interpretation Act* that statutes must be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of their objects. <sup>c</sup>  
<sup>d</sup>  
<sup>e</sup>  
<sup>f</sup>  
<sup>g</sup>

It is worth repeating that by its very words, the Act (s. 2) seeks "to give effect" to the principle of equal opportunity for individuals by eradicating invidious discrimination. It is not primarily aimed at punishing those who discriminate. McIntyre J. puts the same thought in these words in *O'Malley* at p. 547. <sup>h</sup>

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. <sup>i</sup>

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, it follows that the motives or intention of those who <sup>j</sup>

est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

Pour examiner la décision qu'a rendue le Tribunal en l'espèce «du point de vue de [sa] justesse», l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)* est généralement instructif:

Suivant son art. 2, la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des motifs de distinction illicites dont ceux fondés sur le sexe. Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle»; voir également *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer, aux pp. 157 et 158. Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enclâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (l'arrêt *Action Travail des Femmes*), [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson a souligné la nécessité de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Il vaut la peine de répéter que, de par son texte même, la Loi (à l'art. 2) vise à «donner effet» au principe de l'égalité des chances pour tous en supprimant les distinctions injustes. Son but premier n'est pas de punir ceux qui pratiquent la discrimination. À la page 547 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre exprime la même idée en ces termes:

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe.

Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, il s'ensuit que les motifs ou les intentions des

discriminate are not central to its concern. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence.<sup>11</sup>

I conclude that the foregoing comments apply equally to the matter now before me.

### ANALYSIS

I turn now to the issues raised on behalf of the applicant with regard to the decision of the Tribunal other than those that relate to the remedy provided. I do so bearing in mind the principle acknowledged on behalf of the applicant that, against the foregoing standard of review, the reasons of the Tribunal should not be read microscopically. I do so also being cognizant that the distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination, that is suggested in paragraph 11 above quoted from the Tribunal's decision to be perhaps only semantic is, in fact, real. That this is so is implicitly, if not explicitly, confirmed by Iacobucci J., in the Supreme Court of Canada's recent decision in *Symes v. Canada*.<sup>12</sup> There remains for review the conclusion of the Tribunal in the same paragraph "there is very little, if any, meaningful distinction between what an employer must establish by way of a defence to an allegation of direct discrimination and a defence to an allegation of adverse effect discrimination."

i) Did the Tribunal err in applying a higher standard than the appropriate "reasonably necessary" standard for a BFOR defence?

It was argued before me, both on behalf of the respondent Commission and the intervenors, that the Tribunal was correct in its analysis of the case law and that little distinction remains between the "rea-

<sup>11</sup> *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 585; and *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90.

<sup>12</sup> [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 755-756 citing *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536.

auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une des préoccupations majeures du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence<sup>11</sup>.

Je conclus que les commentaires qui précèdent s'appliquent également à la question que j'ai à trancher.

### ANALYSE

Je considère maintenant les questions soulevées pour le compte du requérant relativement à la décision du Tribunal, à l'exclusion de celles qui se rapportent à la réparation accordée. Je le fais en gardant à l'esprit le principe, admis pour le compte du requérant, que les motifs du Tribunal ne devraient pas être examinés avec une loupe quant à la conformité à la norme d'analyse définie ci-dessus. Je le fais aussi en constatant que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, que le Tribunal semble, dans le paragraphe 11 de sa décision, cité précédemment, avoir considérée n'être que nominale est, en fait, réelle. Ce constat est implicitement, si ce n'est explicitement, confirmé par le juge Iacobucci dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Symes c. Canada*<sup>12</sup>. Il reste à contrôler la conclusion du Tribunal, donnée dans le même paragraphe: «qu'on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu'un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination directe et ce qu'il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte».

i) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il aurait fautivement appliqué un critère plus sévère que le critère du «raisonnablement nécessaire» qui doit être pris en considération pour une défense fondée sur l'EPJ?

Lors de l'argumentation, on a affirmé, tant pour le compte de la Commission que pour le compte des intervenants, que le Tribunal avait bien analysé la jurisprudence et qu'il reste peu de différence entre,

<sup>11</sup> *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90.

<sup>12</sup> [1993] 4 R.C.S. 695, aux p. 755 et 756 citant *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536.

sonably necessary” or “no reasonable alternatives” standard for a BFOR defence in relation to direct discrimination and the “duty to accommodate” and “individual assessment” standard in relation to adverse effect discrimination. It was further argued before me on behalf of the intervenors that the BFOR defence must be interpreted in a manner consistent with the equality rights guaranteed in section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and to give effect to this principle the “reasonably necessary” standard must in effect be equated with the “duty to accommodate” and “individual assessment” standard in relation to adverse effect discrimination.

I find it unnecessary to deal definitively in these reasons with either of these arguments.

While the Tribunal did from time to time adopt the language of the standard in relation to adverse effect discrimination when dealing with the reality of a case of direct discrimination,<sup>13</sup> the Tribunal not only examined individual assessment in the case of Thwaites which would have gone to the heart of establishing the BFOR if the Tribunal had concluded that it had been effectively and fairly carried out, it further examined whether the CAF had considered reasonable measures to lessen risk in the event that Thwaites were retained in the CAF and whether other alternatives to release of Thwaites had been effectively canvassed. In short, whatever may have been the strengths or weaknesses of the Tribunal’s legal analysis, and I am of the view that the strengths of that analysis far outweigh the weaknesses that are only apparent if the decision is read microscopically, in the final analysis the Tribunal effectively and correctly applied a “reasonably necessary” standard to the review of the BFOR here in issue and determined on the facts that the CAF has failed to establish the objective necessity of the alleged BFOR. Against a standard of review of correctness, I find no basis for

<sup>13</sup> See, for example, at p. 59 of the Tribunal’s decision, at p. 77 of the applicant’s application record where the term “accommodation” is used.

d’une part, le «raisonnablement nécessaire» ou la norme d’une «autre solution raisonnable» relativement à la défense fondée sur l’EPJ dans un cas de discrimination directe et, d’autre part, l’«obligation d’accommodement» et la norme de l’«évaluation individuelle» dans les cas de discrimination indirecte. On a ajouté, pour le compte des intervenants, que la défense fondée sur l’EPJ doit être interprétée au regard des droits à l’égalité garantis par l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et que, pour qu’il en soit ainsi, il fallait que la norme du «raisonnablement nécessaire» soit mise en équation avec la norme de l’«obligation d’accommodement» et de l’«évaluation individuelle» utilisée dans les cas de discrimination indirecte.

Je ne crois pas que, dans les présents motifs, il soit nécessaire de se prononcer sur l’un ou l’autre de ces arguments.

Bien que le Tribunal ait parfois adopté la terminologie de la norme applicable aux cas de discrimination indirecte alors qu’il examinait les faits d’un cas de discrimination directe<sup>13</sup>, il a non seulement examiné l’évaluation individuelle qui avait été faite dans le cas de M. Thwaites, évaluation qui aurait été au cœur de l’établissement d’une EPJ si le Tribunal en était arrivé à la conclusion que cette évaluation avait été correctement faite, mais il a aussi examiné si les FAC avaient envisagé de prendre des mesures raisonnables de limitation de l’accroissement du risque dans l’éventualité que M. Thwaites soit maintenu dans les FAC, et si d’autres solutions que la libération avaient effectivement été considérées. Bref, quelles que puissent être les forces et les faiblesses de l’analyse juridique du Tribunal, et je suis d’avis que les forces l’emportent sur les faiblesses, ces dernières n’apparaissant que si on examine la décision à la loupe, en dernière analyse, le Tribunal a correctement appliqué la norme du «raisonnablement nécessaire» à l’examen de l’EPJ en question et a déterminé, à partir des faits, que les FAC n’ont pas réussi à établir la nécessité objective de leur EPJ. Au regard de la

<sup>13</sup> Voir, par exemple, à la p. 87 de la décision du Tribunal, à la p. 77 du dossier de la demande du requérant, la présence du terme «accommodement».

interfering with the decision of the Tribunal on this ground.

Given the foregoing finding, I regard it as unnecessary to comment of the intervenors' Charter argument.

ii) Did the Tribunal err in determining that the "risk of employee failure" sufficient to establish a BFOR "must be substantial"?

In its decision, at paragraph numbered 14 as quoted above, the Tribunal examined the issue of sufficiency of risk to constitute a BFOR. It noted that another Canadian Human Rights Tribunal concluded in a case involving the CAF "that proof of a slight or negligible risk is not sufficient to constitute a BFOR." It then concluded that "[i]t seems that the risk must be substantial." While this conclusion, may be couched in an unfortunate choice of words, it cannot be interpreted as fatal to the Tribunal's decision. The term "substantial" must be interpreted in its context. In its context it is not the equivalent of "great". It is rather nothing more than something greater than "slight or negligible". I conclude that this is the only reasonable interpretation of the term "substantial" in light of the paragraph that immediately follows the use of the term and that is once again reproduced here for ease of reference:

The significant risk standard recognizes that some risk is tolerable in that human endeavours are not totally risk free. While this standard protects genuine concerns about workplace safety, it does not guarantee the highest degree of safety which would be the elimination of any added risk. What it does, is ensure that the objectives of the CHRA are met by seeking to integrate people with disabilities into the workplace even though such persons may create some heightened risk but within acceptable limits.<sup>14</sup>

iii) Did the Tribunal err in requiring individual assessment to establish a BFOR and alternatively, did it err in finding inadequate the individual assessment of Thwaites by the CAF?

norme d'analyse relative à la justesse, je ne trouve aucune raison pour intervenir dans la décision du Tribunal sur ce plan.

Compte tenu de la conclusion qui précède, je considère qu'il n'est pas nécessaire de commenter l'argument des intervenants relatif à la Charte.

ii) Le Tribunal aurait-il commis une erreur en ce qu'il aurait fautivement déterminé que «le risque d'erreur humaine suffisant» pour fonder une EPJ «doive être important»?

Au paragraphe 14 de sa décision, tel que cité précédemment, le Tribunal s'est demandé quelle gravité du risque pouvait fonder une EPJ. Il a fait remarquer qu'un autre tribunal des droits de la personne, dans une affaire où les FAC étaient partie, avait conclu «que la preuve d'un risque faible ou négligeable n'est pas suffisante pour constituer une EPJ». Il conclut alors «que le risque doit être important». Le mauvais choix des termes exprimant cette conclusion ne peut servir de motif au renversement de la décision du Tribunal. Le terme «important» doit être interprété dans son contexte, où il n'est pas l'équivalent de «grand». Il signifie plutôt quelque chose qui est simplement un peu plus que «faible ou négligeable». J'arrive à la conclusion que c'est la seule interprétation raisonnable du terme «important», compte tenu du paragraphe qui suit immédiatement le terme. Ce paragraphe est reproduit ici pour, encore une fois, faciliter la référence:

La norme du risque important reconnaît la nécessité de tolérer un certain degré de risque car les activités humaines ne sont pas absolument sans risque. Certes, cette norme protège les préoccupations légitimes au sujet de la sécurité en milieu de travail, mais elle ne garantit pas le degré le plus élevé de sécurité, soit l'élimination de tout risque accru. En effet, elle fait en sorte que les objectifs de la Loi soient atteints en favorisant l'intégration professionnelle des personnes qui ont des déficiences, bien qu'il en résulte une augmentation des risques, qui est cependant contenue dans des limites acceptables.<sup>14</sup>

iii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il aurait fautivement exigé une évaluation individuelle pour l'établissement d'une EPJ et, subsidiairement, en ce qu'il aurait fautivement rejeté l'évaluation individuelle faite de M. Thwaites par les FAC?

<sup>14</sup> Underlining added for emphasis.

<sup>14</sup> C'est moi qui souligne.

Whether or not individual assessment is required as an element of the “reasonably necessary” standard for a BFOR defence in relation to direct discrimination is not a question that I find I must address. Certainly the Tribunal, in its legal analysis, seems to reach that conclusion and the intervenors in their argument make a compelling case for that conclusion. But whether or not individual assessment is required as a matter of law, the CAF purported to undertake individual assessment in relation to Thwaites and relied on that assessment in defence of its alleged BFOR. Put another way, the CAF chose to defend its BFOR as being reasonably necessary by relying on its individual assessment of Thwaites. That being the case, it was incumbent on the Tribunal to examine the individual assessment that was undertaken as an element of its examination of the “reasonably necessary” standard for the BFOR defence. I concur with the conclusion of the Tribunal that the individual assessment process was inadequate to support the BFOR against a “reasonably necessary” standard. The inadequate individual assessment resulted in a decision to release Thwaites, an individual who was under a disability. It was critical or central to a process that was acknowledged to result in discrimination against Thwaites on a prohibited ground. The individual assessment process failed to respect the most basic elements of the duty to act fairly.

iv) Did the Tribunal erroneously equate the duty to accommodate that is related to adverse effect discrimination with the duty to demonstrate no reasonable alternatives for cases of direct discrimination?

For the reasons set out in relation to the first issue question discussed above, I conclude that this question must be answered in the negative. I reach this conclusion, not because the Tribunal was necessarily correct in the conclusion drawn from its legal analysis that the standard in respect of direct discrimination equates with or approaches very close to the standard in respect of adverse effect discrimination, but because, in the last analysis, the Tribunal effectively applies a “reasonable alternatives” or “reasona-

Je ne crois pas devoir déterminer s’il faut qu’il y ait une évaluation individuelle pour satisfaire à la norme du «raisonnablement nécessaire» pour l’établissement d’une EPJ dans le cas d’une allégation de discrimination directe. Le Tribunal, dans son analyse, semble certainement arriver à cette conclusion, et les intervenants ont présenté des arguments très convaincants en ce sens. Mais que l’évaluation individuelle soit ou non obligatoire en droit, les FAC ont prétendu avoir fait cette évaluation individuelle dans le cas de M. Thwaites et se sont fondées sur cette évaluation pour étayer leur défense d’EPJ. En d’autres termes, les FAC ont choisi de défendre leur EPJ comme étant raisonnablement nécessaire en se fondant sur leur évaluation de M. Thwaites. Le Tribunal se devait donc d’examiner l’évaluation individuelle qui avait été faite, comme élément de son examen de la norme du «raisonnablement nécessaire» applicable à la défense d’EPJ. Je suis d’accord avec la conclusion du Tribunal que, en raison de ses insuffisances, le processus d’évaluation individuelle ne pouvait pas appuyer l’EPJ, compte tenu de la norme du «raisonnablement nécessaire». Les insuffisances du processus d’évaluation ont eu pour résultat la libération de M. Thwaites, une personne qui avait une déficience. Cette évaluation a été au centre d’un processus qui a abouti à traiter M. Thwaites défavorablement pour un motif de distinction illicite. Le processus d’évaluation individuelle n’a pas respecté les règles les plus élémentaires de l’équité.

iv) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu’il aurait fautivement considéré comme identiques l’obligation d’accommodement, qui doit être respectée dans les cas de discrimination indirecte, et l’obligation d’établir l’absence d’une autre solution raisonnable, qui doit être respectée dans les cas de discrimination directe?

Pour les motifs donnés relativement à la première des questions en litige discutées ci-dessus, je conclus qu’il convient de répondre par la négative à cette question. J’arrive à cette conclusion, non pas parce que le Tribunal avait nécessairement raison de conclure, à la suite de son analyse, que la norme applicable à la discrimination directe équivaut à toutes fins pratiques à la norme applicable à la discrimination indirecte, mais parce que, en dernière analyse, le Tribunal applique effectivement la norme de l’absence

bly necessary” standard to the facts of this case. In so doing, it was drawn into the language applicable to cases of adverse effect discrimination by the actions of the CAF in individually assessing Thwaites’ situation.

Based on the foregoing analysis, and against a standard of review of correctness, I find no basis for interference by this Court in the conclusion of the Tribunal that the complaint of the respondent Thwaites had been substantiated before it.

#### THE RELIEF GRANTED BY THE TRIBUNAL

As indicated earlier in these reasons,<sup>15</sup> the applicant has put in issue the three elements of the relief granted by the Tribunal to Thwaites. I will deal with them in turn.

i) Did the Tribunal err in law in awarding excessive monetary relief to the respondent Thwaites under the heads of future loss of income and past loss of income?

Counsel for the applicant urged upon me that the Tribunal erred in law in determining the appropriate quantum of compensation payable to Thwaites in respect of loss of past income and future income arising from the discriminatory action of the CAF. The relevant portions of section 53 of the *Canadian Human Rights Act* read as follows:

53. ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

Neither subsection 53(4) nor section 54 is applicable to the facts of this case.

<sup>15</sup> See p. 48, quoted paragraphs c), d) and e).

d’une «autre solution raisonnable» ou du «raisonnablement nécessaire» aux faits de l’espèce. En procédant ainsi, il s’est trouvé à devoir utiliser le vocabulaire applicable aux cas de discrimination indirecte, compte tenu des mesures prises par les FAC pour évaluer individuellement la situation de M. Thwaites.

Compte tenu de l’analyse qui précède et de la norme de justesse applicable lors d’un contrôle judiciaire, je ne trouve aucune raison pour la Cour d’intervenir dans la conclusion du Tribunal que la plainte qui lui était présentée par M. Thwaites était fondée.

#### LA RÉPARATION ACCORDÉE PAR LE TRIBUNAL

Comme je l’ai indiqué précédemment<sup>15</sup> dans les présents motifs, le requérant conteste les trois éléments de la réparation accordée à M. Thwaites par le Tribunal. J’examine ici ces éléments un à un.

i) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu’il aurait accordé à l’intimé Thwaites une réparation pécuniaire excessive aux chapitres de la perte de revenus future et de la perte de revenus passée?

Les avocats du requérant m’ont fait remarquer avec insistance que le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu’il a fixé le montant de la compensation payable à M. Thwaites quant à la perte de revenus passée et à la perte de revenus future résultant de l’acte discriminatoire posé par les FAC. L’extrait pertinent de l’article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé de la façon suivante:

53. ...

(2) À l’issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l’article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d’un acte discriminatoire:

c) d’indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu’il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l’acte;

Ni le paragraphe 53(4) ni l’article 54 ne s’appliquent aux faits de l’espèce.

<sup>15</sup> Voir à la p. 48, les paragraphes cités c), d) et e).

Counsel for the applicant argued that the Tribunal failed to take into account the principles of foreseeability and remoteness and failed to consider an appropriate cap related, I assume, to those principles as required by the majority decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Morgan*.<sup>16</sup> At pages 414 and 415 of that decision, Marceau J.A., speaking as part of the majority of the Court stated:

(a) Reading the comments of the Chairman of the initial Tribunal and those of the Review Tribunal majority, I am afraid, I say it with respect, that there exists some confusion between the right to obtain reparation for a damage sustained and the assessment of that damage. While the particular nature of the human rights legislation—which has been said to be so basic as to be near-constitutional and in no way an extension of the law of tort (see e.g. *Robichaud v. Brennan (sub nom. Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at page 89, and *Bhadauria v. Board of Governors of Seneca College (sub nom. Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria)*, [1981] 2 S.C.R. 181)—renders unjustifiable the importation of the limitations to the right to obtain compensation applicable in tort law, the assessment of the damages recoverable by a victim cannot be governed by different rules. In both fields, the goal is exactly the same: make the victim whole for the damage caused by the act source of liability. Any other goal would simply lead to an unjust enrichment and a parallel unjust impoverishment. The principles developed by the courts to achieve that goal in dealing with tort liability are therefore necessarily applicable. It is well known that one of those principles has been to exclude from the damages recoverable the consequences of the act that were only indirect or too remote. In my view, the minority member was perfectly right in writing (at pages D/74-D/75):

If reinstatement is purely discretionary and compensation is less so then it seems to me certain well-known accepted principles of compensatory damages should guide the Tribunal in assessing or quantifying the financial loss. These principles are quoted with approval by the Review Tribunal in the *Foreman* (Can. Rev. Trib.) case, *supra*, [*Foreman v. Via Rail Canada Inc.* (1980), 1 C.H.R.R. D/233] as follows at para. 7716 [D/869 of *Torres, supra*]:

In our view the use of the language of “compensation” by the Canadian Act implies that tribunals are to apply the principles applied by courts when awarding compensatory damages in civil legislation. The root principle of the civil law of damages is “*restitutio in integrum*”: the injured party should be put back into the position he or she would have enjoyed had the wrong not occurred, to the extent

Les avocats du requérant ont allégué que le Tribunal aurait dû prendre en considération les principes relatifs au caractère prévisible et à la prévisibilité raisonnable des préjudices subis, et qu’il aurait dû envisager la fixation d’une limite aux dommages-intérêts en découlant, compte tenu de ces principes et des motifs majoritaires rendus par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan*<sup>16</sup>. Aux pages 414 et 415 de l’arrêt, le juge Marceau, J.C.A., au nom de la majorité, s’est exprimé de la façon suivante:

a) À la lecture des commentaires du président du tribunal de première instance et de ceux de la majorité du tribunal d’appel, force m’est de constater la présence d’une certaine confusion entre le droit d’obtenir réparation d’un préjudice subi et l’évaluation des dommages-intérêts. Si la nature spéciale de la Loi sur les droits de la personne, que l’on dit tellement fondamentale qu’elle serait presque de nature constitutionnelle et qui n’est pas du domaine de la responsabilité délictuelle (voir p. ex. l’arrêt *Robichaud c. Brennan (sub nom. Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89, et l’arrêt *Bhadauria c. Bureau des gouverneurs du Seneca College (sub nom. Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria)*, [1981] 2 R.C.S. 181), exclut l’application de limites au droit d’obtenir une indemnité qui relève de la responsabilité délictuelle, l’évaluation des dommages-intérêts exigibles par la victime ne peut être régie par des règles différentes. Dans les deux cas, le principe est le même: la partie lésée doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s’était pas produit. Tout autre but entraînerait un enrichissement sans cause et un appauvrissement injustifié parallèle. Les principes établis par les tribunaux pour atteindre cet objectif en responsabilité délictuelle s’appliquent donc nécessairement. Il est bien connu que l’un de ces principes consiste à exclure les conséquences de l’acte qui sont trop lointaines ou seulement indirectes. À mon avis, le membre minoritaire avait tout à fait raison en écrivant (aux pages D/74 et D/75):

Si la réintégration est purement discrétionnaire et que ce n’est pas le cas de l’indemnisation, il me semble que certains principes reconnus applicables en matière d’octroi de dommages-intérêts devraient guider le tribunal dans son appréciation et son évaluation de la perte financière. Ces principes ont été cités et endossés par le tribunal d’appel au par. 7716 [D/869 de *Torres, supra*] de l’affaire *Foreman [Foreman c. Via Rail Canada Inc., (1980), 1 C.H.R.R. D/233]*, *supra*:

À notre avis, le mot «indemnité» (à titre de compensation) utilisé dans la loi canadienne implique que les tribunaux doivent appliquer les principes employés par les cours de justice qui accordent des compensations en droit civil, dont le principe essentiel repose, dans l’octroi de dommages-intérêts, sur celui de la «*restitutio in integrum*»: la partie lésée doit être remise dans la position où

<sup>16</sup> [1992] 2 F.C. 401 (C.A.).

<sup>16</sup> [1992] 2 C.F. 401 (C.A.).



that money is capable of doing so, subject to the injured party's obligation to take reasonable steps to mitigate his or her losses. (D/238)

In a recent case, *Canada (Attorney General) v. McAlpine*, *supra*, [[1989] 3 F.C. 530] the Federal Court of Appeal, on appeal from a decision of a human rights tribunal which relied on that principle in assessing damages for lost U.I.C. benefits, commented as follows at p. 538 [para. 13, D/258]:

... the proper test must also take into account remoteness or foreseeability where the action is one of contract or tort. Only such part of the loss resulting as is reasonably foreseeable is recoverable.

After quoting further from *McAlpine*, Marceau J.A. goes on at pages 415 and 416 to state:

I think one should not be too concerned by the use of various concepts in order to give effect to the simple idea that common sense required that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act, absent maybe bad faith. Reference is made at times to foreseeable consequences, a test more appropriate, it seems to me, in contract law. At other times, standards such as direct consequences or reasonably closely connected consequences are mentioned. The idea is always the same: exclude consequences which appear down the chain of causality but are too remote in view of all the intervening facts. Whatever be the source of liability, common sense still applies.

It has been found, I know, that the practice developed in cases of wrongful dismissal with respect to the assessment of the lost wages was not necessarily applicable to cases of job loss attributable to discriminatory treatment. Note that, in cases of wrongful dismissal, the act for which the employer is reproached is not to have put an end to the employment but to have done so without proper notice or in contravention of the terms of a contract. The nature of the act source of liability is different, therefore the consequences flowing from it ought to be different.

In my view, the initial Tribunal and the majority members of the Review Tribunal were wrong in refusing to establish a cap or cut-off point for the period of compensation, independent of the order of reinstatement.

While the concepts of remoteness and foreseeability are clearly enunciated in the foregoing quotations, two other concepts are also highlighted by Mr. Justice Marceau. He states that the goal in respect of

elle aurait été si le tort qui lui a été causé ne s'était pas produit, dans la mesure où l'argent peut dédommager la partie lésée et dans la mesure où celle-ci reconnaît son obligation de prendre des mesures raisonnables pour atténuer ses pertes. (D/238)

Dans un arrêt récent, *Canada (Attorney General) c. McAlpine*, *supra*, [[1989] 3 C.F. 530], la Cour d'appel fédérale, appelée à statuer sur un appel formé contre une décision d'un tribunal des droits de la personne qui s'est appuyé sur ce principe pour déterminer les dommages-intérêts devant être accordés pour les pertes de prestations d'assurance-chômage, a fait les commentaires suivants à la p. 538 [par. 13, D/258]:

[...] il aurait également fallu tenir compte du caractère prévisible ou de la prévisibilité raisonnable des dommages, peu importe que l'action intentée soit en responsabilité contractuelle ou en responsabilité délictuelle. En effet, seules les pertes subies qui sont raisonnablement prévisibles sont recouvrables.

Après avoir cité un peu plus longuement les motifs du tribunal d'appel, le juge Marceau, J.C.A., affirme aux pages 415 et 416:

À mon avis ces diverses doctrines ont peu de poids lorsqu'il s'agit de mettre en application l'idée toute simple qu'il y a une limite à la responsabilité de l'auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte sauf, peut-être, dans les cas de mauvaise foi. Certains arrêts se sont fondés sur la doctrine de la prévisibilité des dommages, un critère qui me semble plus approprié en matière contractuelle. Dans d'autres arrêts, on mentionne des critères tels que les conséquences directes ou raisonnablement directes de l'acte dommageable. Le but visé demeure le même: écarter les conséquences de l'acte qui sont trop lointaines compte tenu de tous les événements qui ont eu lieu entre les deux. Quelle que soit la source de responsabilité, le bon sens s'applique.

Je sais que les principes appliqués dans les affaires portant sur des cas de congédiement injuste pour l'évaluation des pertes de salaire ne s'appliquent pas nécessairement aux affaires portant sur les pertes d'emploi découlant d'un acte discriminatoire. Dans les cas de congédiement injuste, on reproche à l'employeur non pas d'avoir mis fin au contrat de travail, mais de l'avoir fait sans avis préalable, en violation du contrat. La nature de l'acte sur lequel porte la responsabilité étant différente, les conséquences qui en découlent le sont donc aussi.

À mon avis, le tribunal de première instance et la majorité des membres du tribunal d'appel ont eu tort de refuser de fixer une limite à la période d'indemnisation indépendamment de l'ordonnance de réintégration.

Bien que les concepts de «caractère prévisible» et de «prévisibilité raisonnable» soient clairement énoncés dans les citations qui précèdent, deux autres concepts sont mis en relief par le juge Marceau. Ce

compensation under human rights legislation and applicable in tort law is the same, that is, to make the victim whole for the damage caused by the act that is the source of liability. Further, he states that “common sense” requires that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act.

Against the principles enunciated by Mr. Justice Marceau, I find no error in the assessment of compensation for loss of past and future income by the Tribunal that would warrant the intervention of this Court.

The Tribunal relied on expert actuarial evidence introduced on behalf of both Thwaites and the CAF. The evidence was in the form of detailed written reports supplemented by *viva voce* testimony before the Tribunal. The reports reflected the term of Thwaites employment arrangement with the CAF and made varying assumptions regarding Thwaites salary and rank progression through that period. Both reports factored in Thwaites’ life expectancy based on his medical disability but not his personal medical condition. Both also factored in the reality and continued possibility of mitigation through alternative employment. Both with respect to past income and with respect to future income, the Tribunal adopted the more conservative estimate, that provided in the actuarial evidence introduced on behalf of the CAF.

Against the more conservative estimate, the Tribunal applied a “contingency deduction” of ten percent by reason of the fact that Thwaites might voluntarily have discontinued his military career and by reason of his personal medical condition.

I find that the analysis of the Tribunal is correctly directed, in a conservative way, to the objective of making Thwaites whole for the damage caused by the discriminatory act of the CAF. It gives effect to the principle of common sense by placing a limit upon liability based upon a reduction factor drawn, albeit arbitrarily, from Thwaites’ personal medical condi-

dernier affirme que le but visé dans les affaires de compensation sous le régime de la législation des droits de la personne et sous le régime de la responsabilité délictuelle est le même, c’est-à-dire, remettre la partie lésée dans la position où elle aurait été si le tort ne s’était pas produit. Il ajoute que le «bon sens» nécessite qu’une limite doive être imposée à la responsabilité de l’auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte.

Au regard des principes énoncés par le juge Marceau, je ne trouve aucune erreur dans l’évaluation que le Tribunal a faite de la perte de revenus passée et de la perte de revenus future qui nécessiterait l’intervention de la présente Cour.

Le Tribunal s’est appuyé sur l’expertise actuarielle déposée en preuve pour le compte de M. Thwaites et des FAC. Cette preuve consistait en des rapports écrits qui ont été complétés par un témoignage oral à l’audience. Les rapports ont tenu compte de la période d’emploi sur laquelle M. Thwaites et les FAC avaient conclu un contrat, et ils ont envisagé diverses hypothèses quant à la progression qu’aurait connu M. Thwaites dans sa carrière, sur le plan du salaire et du grade, pendant cette période. Les rapports présentés pour le compte des deux parties ont pris en considération l’espérance de vie de M. Thwaites, calculée en fonction de sa déficience médicale, mais non en fonction de son état de santé personnel. Les deux rapports ont inclus dans leur calcul la réalité et la possibilité continue d’une diminution du préjudice par l’occupation d’un autre emploi. Tant dans le cas des revenus passés que dans le cas des revenus futurs, le Tribunal a adopté l’estimation la plus modérée, soit l’expertise qui a été déposée pour le compte des FAC.

À cette estimation la plus modérée, le Tribunal a appliqué une «déduction pour événements imprévus» de 10 p. 100 pour le motif que M. Thwaites aurait pu abandonner volontairement sa carrière militaire et pour le motif de l’état de santé de ce dernier.

Je considère que le Tribunal a fait une analyse correcte et modérée, orientée vers le but de replacer M. Thwaites dans la position où il aurait été s’il n’avait pas été lésé par l’acte discriminatoire posé par les FAC. Cette analyse met en pratique le principe du bon sens en fixant une limite à la responsabilité à partir d’un facteur de réduction fondé, bien qu’arbitraire-

tion. This amounted to the establishment of a cap or cut-off point for the period of compensation.

Finally, I find nothing in the analysis of the Tribunal that would indicate that it ignored the concepts of foreseeability and remoteness. It started from the reality existing at the time of its decision. It took into account Thwaites' personal medical condition. On the basis of that condition, it did not look long into the future in determining future loss of income. Although it did not specifically address the principles of foreseeability and remoteness in relation to income, it did use the expression "too remote" in addressing compensation for expenses other than actuarial fees.

ii) Did the Tribunal err in law in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*?

Subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act* reads as follows:

53. . . .

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly,

or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

It is important to note that the applicant does not attack the award to Thwaites of compensation in the amount of five thousand dollars as compensation under this subsection. The questions raised are first, whether the award of simple interest on that amount at the Bank of Canada prime rate "from and after

ment, sur l'état de santé de M. Thwaites. Ceci a eu pour résultat la fixation d'un plafond pour la période de compensation.

Finalement, je ne trouve rien dans l'analyse du Tribunal qui indiquerait qu'il n'aurait pas tenu compte des concepts de «caractère prévisible» et de «prévisibilité raisonnable». Il est parti de la réalité qui existait au moment où il a rendu sa décision. Il a pris en considération l'état de santé de M. Thwaites. À partir de cet état de santé, il n'a pas exagéré l'estimation de la perte de revenus future. Bien qu'il ne se soit pas directement penché sur les principes de «caractère prévisible» et de «prévisibilité raisonnable» relativement au revenu, il a cependant utilisé les mots «dépenses très indirectes\*» sur la question de la compensation à accorder relativement aux autres frais que les honoraires d'actuaire.

ii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il a accordé des intérêts sur l'indemnité spéciale dont le montant maximal de 5 000 \$ a été accordé en vertu du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

Le paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé de la façon suivante:

53. . . .

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars, s'il en vient à la conclusion, selon le cas:

a) que l'acte a été délibéré ou inconsidéré;

b) que la victime en a souffert un préjudice moral.

Il est important de noter que le requérant n'attaque pas comme telle la compensation de cinq mille dollars accordée à M. Thwaites au titre de la compensation qui peut être accordée en vertu du paragraphe cité ci-dessus. Les questions soulevées sont: premièrement, l'intérêt simple accordé sur ce montant, au

\* Le parallèle terminologique établi en anglais entre «remoteness» et «remote» n'a pas pu être conservé en français, en raison de la terminologie utilisée dans la version française des motifs du Tribunal.

June 1992” has the effect of increasing the award under the subsection 53(3) to an amount in excess of the maximum compensation allowed and second, if it does not, but the interest amounts to a separate award, whether the separate award is beyond the jurisdiction of the Tribunal?

In addressing the question of interest, the Tribunal also provided that interest is payable from and after June, 1992 on the past and future income portion of the award. No objection is taken to this award of interest.

I find that both awards of interest, in the absence of specific authority to award interest and bearing in mind the principle that the *Canadian Human Rights Act* is to be interpreted so as to advance the broad policy considerations underlying it,<sup>17</sup> derive their authority from the authority contained in paragraph 53(2)(c) of the *Canadian Human Rights Act* quoted above<sup>18</sup> to order compensation “for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.” The evidence before the Tribunal indicates that Thwaites went bankrupt and borrowed from his parents and possibly others to maintain himself and pay for his treatment. I find it reasonable for the Tribunal to have assumed that Thwaites would have continued to incur interest expense from the time of the Tribunal’s order until the awards were paid, thus incurring expense that would likely be only partially offset by the awards of interest provided.

On the foregoing reasoning I find that the award of interest in question was not made under subsection 53(3) and did not have the effect of increasing the award thereunder beyond what is authorized by

taux préférentiel de la Banque du Canada, «à compter de la date du dépôt de la plainte», a-t-il pour effet d’augmenter la compensation accordée en vertu du paragraphe 53(3) à un montant qui dépasse le montant maximum qui y est stipulé, et, deuxièmement et subsidiairement, si le montant maximal de la compensation n’est pas augmenté, mais que l’intérêt accordé constitue une compensation distincte, le Tribunal avait-il la compétence pour accorder cette compensation?

Sur la question de l’intérêt, le Tribunal a aussi statué qu’il était payable à compter du mois de juin 1992 sur la compensation accordée pour la perte de revenus passée et la perte de revenus future. On ne s’est pas opposé à ce que cet intérêt soit accordé.

Je considère que, en l’absence de principes clairs quant à l’allocation des intérêts et compte tenu que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doit être interprétée de manière à mettre en pratique les principes généraux qui en sont le fondement<sup>17</sup>, les intérêts accordés sur les deux sommes sont justifiés par l’alinéa 53(2)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précité<sup>18</sup>, qui permet d’accorder une compensation relativement aux «dépenses entraînées par l’acte». La preuve présentée au Tribunal montre que M. Thwaites a fait faillite et qu’il a emprunté de l’argent à ses parents, et peut-être à d’autres, pour subvenir à ses besoins et payer ses traitements. Je considère que le Tribunal a valablement supposé que M. Thwaites aurait continué d’assumer des dépenses d’intérêts pendant la période allant du prononcé de l’ordonnance du Tribunal au moment où les sommes allouées lui seraient payées, intérêts qui ne seraient vraisemblablement que partiellement compensés par les intérêts accordés.

Compte tenu de ce raisonnement, je considère que l’allocation des intérêts en question n’a pas été accordée en vertu du paragraphe 53(3) et n’a pas eu pour effet d’accroître le montant accordé en vertu de ce

<sup>17</sup> See *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* quoted *supra*, footnote 11.

<sup>18</sup> See p. 65.

<sup>17</sup> Voir l’arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité à la note 11.

<sup>18</sup> Voir p. 65.

law.<sup>19</sup> It follows that I find the Tribunal did not err in law in making that portion of its award of interest.

I make no finding as to whether the Tribunal had an inherent right to award interest on its monetary award that is not founded in paragraph 53(2)(c), although the *Morgan* decision, *supra*, would appear to provide authority that such an inherent right exists.

iii) Did the Tribunal err in law in awarding Thwaites reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services?

I refer to the authority under paragraph 53(2)(c) of the *Canadian Human Rights Act* quoted above to award compensation for expenses incurred by a victim, in this case Thwaites. I find no reason to restrict the ordinary meaning of the expression "expenses incurred". Costs of counsel and actuarial services incurred by Thwaites are, in the ordinary usage of the English language, expenses incurred by Thwaites. The fact that lawyers and judges attach a particular significance to the term "costs" or the expression "costs of counsel" provides no basis of support for the argument that "expenses incurred" does not include those costs unless they are specifically identified in the legislation. On the basis of the principle that the words of legislation should be given their ordinary meaning unless the context otherwise requires, and finding nothing in the relevant context that here otherwise requires, I conclude that the Tribunal did not err in law in awarding Thwaites reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services.

## COSTS

In the respondent Thwaites' application record, Thwaites' costs are requested against the applicant. Rule 1618 of the *Federal Court Rules*<sup>20</sup> provides that no costs shall be payable in respect of an application

<sup>19</sup> See *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.), at p. 437 where MacGuigan J.A., in dissent, indicates that the maximum award "including interest" under s. 53(3) is \$5,000.

<sup>20</sup> C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

paragraphe au-delà de ce qui y est prescrit<sup>19</sup>. J'en conclus donc que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en accordant ces intérêts.

a Je n'ai pas à décider si le Tribunal avait le droit inhérent, en dehors du droit accordé par l'alinéa 53(2)c), d'accorder des intérêts sur la somme allouée, bien qu'il semble que l'arrêt *Morgan*, précité, puisse fonder ce droit inhérent.

b iii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il a accordé à M. Thwaites les dépens raisonnables qu'il a assumés, dont les honoraires d'actuaire?

c Je me réfère au pouvoir accordé par l'alinéa 53(2)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précité, d'accorder une compensation pour les dépenses engagées par la victime, en l'occurrence M. Thwaites. Je ne vois aucune raison de restreindre le sens des termes «dépenses entraînées». Les honoraires que M. Thwaites a dû payer pour les services de son avocat et pour l'expertise actuarielle sont, dans la langue courante, des dépenses qui ont été entraînées par l'acte discriminatoire. Le fait que les avocats et les juges accordent une signification particulière au terme «frais» et à l'expression «frais d'avocat» ne peut servir de fondement à l'argument selon lequel l'expression «dépenses entraînées» ne comprendrait pas ces frais à moins qu'ils ne soient expressément mentionnés par la loi. Partant du principe que les mots utilisés par le législateur doivent être interprétés selon leur sens habituel à moins que le contexte n'en dicte un autre, et considérant que le contexte de l'es-pèce ne dicte pas un autre sens, j'en conclus que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en accordant à M. Thwaites les dépens raisonnables, y compris les frais de l'expertise actuarielle.

## LES DÉPENS

Dans le dossier de sa demande, l'intimé Thwaites a demandé que les dépens lui soient accordés contre le requérant. La Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*<sup>20</sup> prescrit qu'il n'y aura pas de frais à l'occasion

<sup>19</sup> Voir *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.), à la p. 437, où le juge MacGuigan, J.C.A., dans ses motifs dissidents, statue que la compensation maximale, «y compris les intérêts», qui peut être accordée en vertu de l'art. 53(3) est 5 000 \$.

<sup>20</sup> C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

for judicial review unless this Court, for special reasons, so orders. While it is fair to say that this application for judicial review, including related interlocutory proceedings, has caused Thwaites concern and hardship that may have been rendered particularly difficult by his medical condition and his financial difficulties, the same can be said in respect of many judicial review applications that come before this Court. I am not prepared to conclude that Thwaites' medical condition and financial difficulties constitute special reasons.

#### CONCLUSION

In the result, I have ordered that the application is dismissed. There is no order as to costs.

d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales. Bien qu'il soit juste de dire que la présente demande de contrôle judiciaire, y compris les procédures interlocutoires, ont causé à M. Thwaites des difficultés qui ont sans doute été aggravées par son état de santé et par sa situation financière, on peut en dire autant de bon nombre d'instances de contrôle judiciaire qui sont entendues par la présente Cour. Je ne suis donc pas disposé à conclure que l'état de santé et la situation financière de M. Thwaites constituent des raisons spéciales.

#### CONCLUSION

En définitive, j'ai ordonné que la demande soit rejetée. Il n'y aura pas adjudication des dépens.

IMM-700-93

IMM-700-93

Ahmed Mohamed Abou Elnaga Ali (*Applicant*)Ahmed Mohamed Abou Elnaga Ali (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(*intimé*)

*INDEXED AS: ALI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: ALI c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, January 18;  
Ottawa, April 11, 1994.

Section de première instance, juge Reed—Toronto,  
18 janvier; Ottawa, 11 avril 1994.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — CRDD decision applicant not Convention refugee quashed on consent — Under Federal Court Act, s. 18.1(3) Court having jurisdiction to remit matter with specific instructions applicant be declared Convention refugee — Considering matters relevant upon request to give specific instructions, inappropriate herein to direct result CRDD should reach — Matter remitted for rehearing.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La décision de la SSR voulant que le requérant ne soit pas un réfugié au sens de la Convention a été annulée sur consentement — Aux termes de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour a compétence pour renvoyer l'affaire, accompagnée d'instructions précises enjoignant que le requérant soit déclaré réfugié au sens de la Convention — Compte tenu des considérations ayant rapport à la demande d'instructions précises, il n'y a pas lieu en l'espèce de dicter la conclusion à laquelle la SSR devrait parvenir — Affaire renvoyée pour nouvelle audition.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Consent order quashing CRDD decision applicant not Convention refugee — Although Court having jurisdiction to refer matter back with specific directions as to result CRDD should reach, inappropriate herein — Considerations upon application to give specific directions set out.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Ordonnance annulant, sur consentement, la décision de la SSR voulant que le requérant ne soit pas un réfugié au sens de la Convention — Bien que la Cour ait compétence pour renvoyer l'affaire, accompagnée d'instructions précises touchant la conclusion à laquelle la SSR devrait parvenir, il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'exercer cette compétence — Exposé des considérations ayant rapport à la demande d'instructions précises.*

The decision of the CRDD that the applicant was not a Convention refugee was quashed on consent. The applicant asked that the matter be remitted to the CRDD with specific instructions that the applicant be declared to be a Convention refugee. The issues were whether the Court has jurisdiction to issue directions which are so specific as to essentially direct the decision to be made by a federal board, commission or tribunal, and whether such directions should be issued herein. *Federal Court Act*, subsection 18.1(3) provides that on an application for judicial review, the Trial Division may quash a tribunal's decision and refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers appropriate.

La décision de la SSR voulant que le requérant ne soit pas un réfugié au sens de la Convention a été annulée sur consentement. Le requérant demandait que l'affaire soit renvoyée devant la SSR, accompagnée d'instructions précises enjoignant que le requérant soit déclaré réfugié au sens de la Convention. Se posaient les questions de savoir si la Cour a compétence pour émettre des instructions d'une précision telle que cela équivaut à dicter la décision à prendre par un office fédéral, et s'il y a lieu de donner de telles instructions en l'espèce. Le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut annuler la décision d'un office fédéral et renvoyer l'affaire pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées.

*Held*, the Court had jurisdiction pursuant to *Federal Court Act*, subsection 18.1(3) to issue directions of such specificity as to require the CRDD to declare the applicant to be a Convention refugee, but such directions would be inappropriate herein.

*Jugement*: la Cour avait, en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, compétence pour émettre des instructions d'une telle précision qu'elles imposent à la SSR de déclarer que le requérant est bien un réfugié au sens de la Convention, mais, en l'occurrence, il n'y a pas lieu d'émettre de telles instructions.

The wording of subsection 18.1(3) is essentially the same as the wording of the former paragraphs 52(c) and (d) which set out the powers of the Court of Appeal on appeal and on application for judicial review respectively. Those provisions have been interpreted by the Court of Appeal as giving it jurisdiction to issue directions which are so precise as to dictate the result of the reconsideration. Subsection 18.1(3) does not support a more restrictive interpretation of the Trial Division's authority on judicial review than had existed under paragraph 52(d). If anything, the wording of paragraph 18.1(3)(b) is broader than paragraph 52(d).

When interpreting paragraph 18.1(3)(b), it must be considered in the context of section 18.1 as a whole, together with section 18 and the changes made by S.C. 1990, c. 8. Decisions which were previously reviewable only by the Appeal Division are now reviewable by the Trial Division, and the Trial Division's jurisdiction on judicial review now encompasses not only relief in the nature of *certiorari*, prohibition and *mandamus*, but also by way of declaration and injunction. It would not be consistent with the wording of subsection 18.1(3) as a whole, and the extensive authority given to the Trial Division thereby, to limit the power of making directions by excluding therefrom the making of directions which are so specific as to direct the result the tribunal must reach. Since there is no restriction on the specificity of the directions which may be issued, and several Court of Appeal decisions giving such directions were decided by reference to a provision which required reference back to the tribunal for "redetermination", it did not matter that a "determination" as such by the tribunal would be precluded.

In determining whether the CRDD should be directed as to the result, the following questions had to be considered: was the evidence so clearly conclusive that the only possible conclusion was that the claimant was a Convention refugee; was the sole issue to be decided a pure question of law which would dispose of the case; was the legal issue based on uncontroverted evidence and accepted facts; was there a factual issue which involved conflicting evidence which was central to the claim? The matter should be remitted for rehearing without direction as to the result.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 8), 52(c),(d).

Le libellé du paragraphe 18.1(3) est essentiellement le même que le libellé des anciens alinéas 52c) et d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, précisant les pouvoirs de la Cour d'appel, respectivement en matière d'appels et de demandes de contrôle judiciaire. Selon l'interprétation qu'en a donné la Cour d'appel, ces dispositions lui confèrent la compétence d'émettre des instructions qui peuvent être d'une précision telle qu'elles ont pour effet de dicter l'issue du nouvel examen. Le paragraphe 18.1(3) n'autorise pas une interprétation plus restrictive des pouvoirs de la Cour en matière de contrôle judiciaire qu'il n'en était sous l'effet de l'alinéa 52d). Le libellé de l'alinéa 18.1(3)b) aurait plutôt tendance à élargir la portée de la disposition par rapport à ce que prévoyait l'ancien alinéa 52d).

Pour interpréter l'alinéa 18.1(3)b), l'important est d'examiner l'alinéa dans le contexte plus large de l'article 18.1 et d'en faire une lecture globale avec l'article 18 et les modifications apportées par L.C. 1990, ch. 8. Les décisions qui ne pouvaient, auparavant, faire l'objet d'un contrôle judiciaire que de la part de la Section d'appel, peuvent maintenant faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de la Section de première instance, les compétences de la Section de première instance en matière de contrôle judiciaire comprenant maintenant non seulement l'octroi de brefs de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*, mais également le pouvoir d'agir par voie de déclaration et d'injonction. Il ne serait pas logique, compte tenu du libellé du paragraphe 18.1(3), et des larges pouvoirs qu'il confère à la Section de première instance, de restreindre le pouvoir de celle-ci en matière d'instructions, en l'empêchant de donner des instructions d'une précision telle que cela revient en fait à dicter au tribunal la décision qu'il devrait prendre. Étant donné l'absence de restrictions quant au degré de précision des instructions pouvant être données, et le fait que plusieurs décisions de la Cour d'appel, donnant de telles instructions, invoquaient une disposition prévoyant le renvoi de l'affaire au tribunal pour «jugement», il n'importait guère qu'en présence d'instructions aussi précises, il ne puisse y avoir, à proprement parler, «jugement».

Pour décider s'il convenait de donner à la SSR des instructions précises quant au résultat à atteindre, il y avait lieu de se poser les questions suivantes: les preuves versées aux débats sont-elles si nettement concluantes que la seule conclusion qui puisse en être tirée serait que le demandeur de statut est effectivement un réfugié au sens de la Convention; la seule question à trancher est-elle une pure question de droit, concluante aux fins de la cause; la question de droit ainsi posée est-elle fondée sur des faits qui sont admis et sur des preuves incontestées; l'affaire dépend-elle d'une question de fait sur laquelle la preuve est partagée? L'affaire sera renvoyée pour nouvelle audition, sans instructions quant à la conclusion devant être adoptée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 8), 52c),d).



## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Orelieu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 592; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 50 (C.A.); *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 69 N.R. 114 (F.C.A.); *Attakora v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (F.C.A.); *Bindra v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114; 151 N.R. 43 (F.C.A.); *Punniamoorthy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-860-91, Robertson J.A., judgment dated 28/1/94, F.C.A., not yet reported.

## AUTHORS CITED

“Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: De Boo, 1992.

APPLICATION for an order quashing a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board. Order to go on consent. While the Trial Division has jurisdiction to issue directions so specific as to dictate the result to be reached by a federal tribunal, this was not a case where such directions should be given.

## COUNSEL:

*Audrey G. Campbell* for applicant.  
*Rosemary Muzzi* for respondent.

## SOLICITORS:

*Audrey G. Campbell*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: Two issues arise in this case: (1) Does the Court have jurisdiction to issue directions which are so specific that they essentially direct a decision by a federal board, commission or tribunal? (2) Should such directions be issued in this case?

On January 18, 1994, I issued an order, on consent, quashing a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refu-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Orelieu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 592; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 50 (C.A.); *Chaudri c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 69 N.R. 114 (C.A.F.); *Attakora c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 99 N.R. 168 (C.A.F.); *Bindra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114; 151 N.R. 43 (C.A.F.); *Punniamoorthy c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-860-91, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 28-1-94, C.A.F., encore inédit.

## DOCTRINE

«Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: De Boo, 1992.

DEMANDE d'ordonnance annulant une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Ordonnance rendue sur consentement. Alors que la Section de première instance a effectivement compétence pour donner des instructions d'une précision telle que cela équivaut à dicter la décision à prendre par l'office fédéral, il n'y avait pas lieu en l'occurrence de donner de telles instructions.

## f AVOCATS:

*Audrey G. Campbell* pour le requérant.  
*Rosemary Muzzi* pour l'intimé.

## g PROCUREURS:

*Audrey G. Campbell*, Toronto, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: L'affaire soulève deux questions: (1) La Cour a-t-elle compétence pour donner des instructions d'une précision telle que cela équivaut, en fait, à dicter la décision à prendre par un office fédéral? (2) Y a-t-il lieu de donner de telles instructions en l'espèce?

Le 18 janvier 1994, j'ai rendu, sur consentement, une ordonnance annulant une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigra-

gee Board (CRDD). That decision had found the applicant not to be a Convention refugee. Counsel for the applicant asked that the matter be remitted back to the CRDD with specific instructions that the applicant should be declared to be a Convention refugee. The respondent questioned whether this Court had jurisdiction to issue such directions. A decision on that issue was adjourned pending written representations from counsel. These were received on February 24, March 24 and April 6, 1994.

The central issue is the interpretation of subsection 18.1(3) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)]:

18.1 . . . .

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal. [Underlining added.]

In my view, there is jurisdiction pursuant to that provision to issue directions of such specificity that they require the CRDD to declare an applicant to be a Convention refugee. I note, firstly, that the wording of subsection 18.1(3) is essentially the same as the wording of the former paragraphs 52(c) and 52(d) of the *Federal Court Act*. These stated:

52. The Federal Court of Appeal may

(c) in the case of an appeal other than an appeal from the Trial Division,

(i) dismiss the appeal or give the decision that should have been given, or

(ii) in its discretion, refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate; and

(d) in the case of an application to review and set aside a decision of a federal board, commission or other tribunal, either dismiss the application, set aside the decision or set aside the decision and refer the matter back to the board,

tion et du statut de réfugié (la SSR). D'après cette décision, le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. L'avocat du requérant demandait que l'affaire soit renvoyée devant la SSR, accompagnée d'instructions précises lui enjoignant de déclarer que le requérant est effectivement un réfugié au sens de la Convention. L'intimé mit en question la compétence de la Cour pour émettre de telles instructions. La décision sur ce point fut ajournée en attendant que les avocats des parties transmettent à la Cour leurs conclusions écrites. Celles-ci lui parvinrent les 24 février, 24 mars et 6 avril 1994.

Au cœur du débat se situe l'interprétation à donner au paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)]:

18.1 . . . .

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral. [Non souligné dans l'original.]

D'après moi, cette disposition confère effectivement à la Cour la compétence d'émettre des instructions d'une précision telle qu'elles exigent de la SSR qu'elle déclare que le requérant est bien un réfugié au sens de la Convention. Je relève, en premier lieu, que le libellé du paragraphe 18.1(3) est essentiellement le même que le libellé des anciens alinéas 52c) et 52d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. D'après ces deux dernières dispositions:

52. La Cour d'appel peut:

c) dans les autres cas d'appels:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre la décision qui aurait dû être rendue,

(ii) soit, à son appréciation, renvoyer l'affaire pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées;

d) dans le cas d'une demande de révision et d'annulation d'une décision d'un office fédéral, soit rejeter la demande, soit infirmer la décision, soit infirmer la décision et renvoyer l'affaire à l'office pour jugement conformément aux instruc-

commission or other tribunal for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate. [Underlining added.]

The Federal Court of Appeal interpreted paragraph 52(c) in *Orelien v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 592 (C.A.), at page 607:

... if the Court concludes the tribunal erred in any of the ways contemplated by subsection 28(1), by paragraph 52(c) of the *Federal Court Act*, it can only set aside the decision or set it aside and remit the matter to tribunal for reconsideration with directions. It cannot make the decision it thinks the tribunal ought to have made although, from a practical point of view, its directions may be so precise as to dictate the result of the reconsideration. [Underlining added.]

In *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 69 N.R. 114 (F.C.A.), at page 117, the Court of Appeal allowed the application for review pursuant to section 28 and referred the matter back to the Immigration Appeal Board with the following instructions:

In the circumstances, it appears to me that, if the Board had not committed the errors which I have indicated, it could only have come to the conclusion that the applicant had satisfied the definition of Convention Refugee. In my opinion, the matter should be referred back to the Board for redetermination on that basis. [Underlining added.]

The Court of Appeal provided similar directions to the Board in *Attakora v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 99 N.R. 168 (F.C.A.), at page 170:

These two findings together, which occur towards the end of the Board's reasons, satisfy both the objective and the subjective branches of the test for refugee status. Whether or not the applicant was a credible witness, and I have already indicated that the Board's reasons for finding him not credible are based in error, that does not prevent him from being a refugee if his political opinions and activities are likely to lead to his arrest and punishment. In those circumstances, the only conclusion that was open to the Board was to find that the applicant was indeed a Convention refugee.

I would allow the s. 28 application, set aside the impugned decision and return the matter to the Board for redetermination on the basis that the applicant is a Convention refugee. [Underlining added.]

tions qu'elle estime appropriées. [Non souligné dans l'original.]

La Cour d'appel fédérale a eu l'occasion d'interpréter l'alinéa 52c) dans l'affaire *Orelien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 592 (C.A.), à la page 607:

... si la Cour conclut que le tribunal a commis l'une des erreurs visées au paragraphe 28(1), l'alinéa 52c) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne l'autorise qu'à infirmer la décision ou à l'infirmer et à renvoyer l'affaire au tribunal pour jugement conformément à ses instructions. Elle ne peut rendre la décision que, selon elle, le tribunal aurait dû rendre bien que, d'un point de vue pratique, ses instructions peuvent être suffisamment précises pour dicter l'issue du nouvel examen. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'affaire *Chaudri c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 69 N.R. 114 (C.A.F.), à la page 117, la Cour d'appel a accueilli une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 28, renvoyant l'affaire à la Commission d'appel de l'immigration avec les instructions suivantes:

Dans les circonstances, il me semble que si la Commission n'avait pas commis les erreurs que j'ai soulignées, elle n'aurait pu que conclure que le requérant répondait à la définition du réfugié au sens de la Convention. À mon avis, l'affaire devrait être renvoyée à la Commission pour être décidée de nouveau sur ce fondement. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'affaire *Attakora c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 99 N.R. 168 (C.A.F.), à la page 170, la Cour d'appel transmet à la Commission des instructions analogues:

Prises ensemble, ces deux conclusions, qui figurent vers la fin des motifs de la Commission, satisfont à la fois à la composante objective et à la composante subjective du critère applicable au statut de réfugié. Que le requérant soit ou non un témoin digne de foi—et j'ai déjà indiqué que les motifs de la Commission de conclure qu'il ne l'était pas se fondaient sur des erreurs—cela ne l'empêche pas d'être un réfugié à la condition que ses opinions et ses activités politiques soient susceptibles de conduire à son arrestation et à sa punition. Dans ces circonstances, la seule conclusion offerte à la Commission était que le requérant constituait effectivement un réfugié au sens de la Convention.

J'accueillerais la demande fondée sur l'art. 28, j'annulerais la décision attaquée et je renverrais la question devant la Commission pour qu'elle l'examine à nouveau en tenant pour acquis que le requérant est un réfugié au sens de la Convention. [Non souligné dans l'original.]

A similar remedy was granted in *Bindra v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (F.C.A.), where it was clear from the evidence accepted by the panel that the only conclusion it could have reached, were it not for its error, was that the claimant had a credible basis. The Federal Court of Appeal allowed the application under section 28 for judicial review of a credible basis decision, and remitted the matter for reconsideration with the following directions, at page 117:

The application should be granted, the decision of the access tribunal should be set aside and the matter should be referred back to the access tribunal for reconsideration on the basis that the applicant has a credible basis for his claim since the only possible basis for rejection in the circumstances was the internal flight alternative.

Paragraph 52(d) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 was repealed by S.C. 1990, c. 8, s. 17. It was replaced in the context of the reorganization of judicial review jurisdiction, between the Trial Division and the Appeal Division, which was effected by that amendment. Subsection 18.1(3) was added and section 28 was modified to read:<sup>1</sup>

28. . . .

(2) Sections 18 to 18.5, except subsection 18.4(2), apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of any matter within the jurisdiction of the Court of Appeal under subsection (1) and, where they so apply, a reference to the Trial Division shall be read as a reference to the Court of Appeal.

The respondent's argument hinges on an interpretation of subsection 18.1(3) which sees it as more limiting and restrictive, with respect to the Court's authority on judicial review, than had existed under paragraph 52(d) and this limitation would apply not only to the Trial Division but also to the Appeal Division. I do not think the wording of subsection 18.1(3) supports that conclusion. If anything, the wording of paragraph 18.1(3)(b) is broader than paragraph 52(d).

<sup>1</sup> S.C. 1990, c. 8, ss. 5 and 8.

Un redressement analogue fut accordé dans l'affaire *Bindra c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 18 Imm. L.R. (2d) 114 (C.A.F.), alors qu'il était évident, au vu d'une preuve admise par le tribunal, que la seule conclusion à laquelle celui-ci ait pu aboutir, si ce n'était pour l'erreur qu'il a commise, était que la demande présentée par le requérant avait bien un minimum de fondement. La Cour d'appel fédérale accueillit la demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 28 et visant la décision relative au minimum de fondement, renvoyant l'affaire pour nouvel examen, avec les instructions suivantes, à la page 117:

La demande devrait être accueillie, la décision du tribunal d'accès annulée, et l'affaire devrait lui être renvoyée pour qu'il procède à un nouvel examen en tenant compte du fait que la revendication du requérant avait un minimum de fondement puisque le seul motif possible du rejet dans les circonstances était la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays.

L'alinéa 52(d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, fut abrogé par L.C. 1990, ch. 8, art. 17. L'ancienne disposition fut remplacée dans le cadre d'une nouvelle répartition, entre la Section de première instance et la Section d'appel, des compétences en matière de contrôle judiciaire, réalisée par cette modification de la Loi. C'est ainsi qu'on ajouta un paragraphe 18.1(3) et que l'article 28 fut modifié, prévoyant dorénavant que<sup>1</sup>:

28. . . .

(2) Les articles 18 à 18.5 s'appliquent, exception faite du paragraphe 18.4(2) et compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour d'appel comme si elle y était mentionnée lorsqu'elle est saisie en vertu du paragraphe (1) d'une demande de contrôle judiciaire.

L'argumentation de l'intimé dépend d'une interprétation du paragraphe 18.1(3) donnant à cette disposition, en ce qui concerne les pouvoirs de la Cour en matière de contrôle judiciaire, une interprétation plus étroite et plus restrictive qu'il n'en était sous l'effet de l'alinéa 52(d), cette restriction étant censée s'appliquer non seulement à la Section de première instance, mais également à la Section d'appel. Je ne pense pas que le libellé du paragraphe 18.1(3) autorise une telle conclusion. Le libellé de l'alinéa 18.1(3)(b) aurait plutôt tendance à élargir la portée de

<sup>1</sup> L.C. 1990, ch. 8, art. 5 et 8.

As I understand the respondent's argument it is that the Trial Division's authority on judicial review has to be contrasted with the authority of the Appeal Division which exists on an appeal. For example, subparagraph 52(c)(i) of the *Federal Court Act* specifically provides that on an appeal, the Appeal Division may "dismiss the appeal or give the decision that should have been given." It is argued that there is no corresponding authority on judicial review and to interpret the power to give directions in subsection 18.1(3) as including specific directions with respect to a particular decision would be to usurp authority not given under the statute.

I am not persuaded by that argument. I note that Madam Justice Desjardins has commented on the former paragraph 52(d) in the light of the new provisions, see "Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting", *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1992, page 405, at pages 410-411:

Once the grounds for intervention are met, the court is entitled to review the decision. The power of the Court of Appeal, under the former para. 52(d) of the *Federal Court Act*, was limited to setting aside the decision and referring the matter back to the tribunal for determination in accordance with such directions as it considered to be appropriate. These directions may sometimes amount to instructing the tribunal as to the decision it ought to render. Still, the court cannot, as it can in the case of appeal, deal with the merits of the case and render the decision the tribunal should have rendered. Whether the new subs. 18.1(3) changes the situation will be discussed later.

Appeals and judicial review are closely intertwined in federal legislation. What I mean by "intertwined" is illustrated by the fact that certain provisions found in some federal legislation are marked "appeal" but the grounds of intervention are those of judicial review. But, since the powers of the court are different, both counsel and judges must concentrate at all times on the precise nature of the recourse brought before the court.

The *Immigration Act*, as it is presently in force, perhaps more than any other federal legislation, contains numerous examples of mixed statutory review/appeal provisions. Many

la disposition par rapport à ce que prévoyait l'ancien alinéa 52d).

Or il me semble que, selon l'intimé, il y aurait lieu de mettre la compétence de la Section de première instance en matière de contrôle judiciaire en contraste avec la compétence que la Cour d'appel possède en matière d'appel. Ainsi, par exemple, l'alinéa 52c)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit très précisément que, en cas d'appel, la Cour d'appel peut «soit rejeter l'appel ou rendre la décision qui aurait dû être rendue». On note l'absence de pouvoirs comparables en matière de contrôle judiciaire pour faire valoir qu'en interprétant le pouvoir de donner des instructions, que confère le paragraphe 18.1(3), comme comprenant le pouvoir de donner des instructions formelles en vue d'une décision précise, on usurpe un pouvoir non prévu dans la loi.

Cet argument ne me convainc guère. Je note que Madame le juge Desjardins a eu l'occasion d'étudier l'ancien alinéa 52d) à la lumière des nouvelles dispositions, voir «Review of Administrative Action in the Federal Court of Canada: The New Style in a Pluralist Setting», *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1992, page 405, aux pages 410 et 411:

[TRADUCTION] En présence des motifs d'intervention, la Cour est en droit de procéder à l'examen de la décision. Aux termes de l'ancien alinéa 52d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel n'avait que le pouvoir d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire au tribunal pour nouvel examen conformément aux instructions qu'elle estimait appropriées. Ces instructions peuvent parfois avoir pour effet de dicter au tribunal la décision qu'il devrait rendre. Mais la Cour ne peut tout de même pas, comme elle le peut en cas d'appel, trancher l'affaire sur le fond et rendre la décision que le tribunal aurait dû rendre. La question de savoir si le nouveau paragraphe 18.1(3) modifie la situation sera examinée plus loin.

Dans la loi fédérale, les appels et le contrôle judiciaire sont étroitement liés. Ce que j'entends par cela est éclairé par le fait que certaines dispositions de la loi fédérale ont officiellement trait aux «appels», alors que les motifs d'intervention exposés appartiennent plutôt au contrôle judiciaire. Puisque les pouvoirs de la Cour sont différents dans les deux cas, les avocats et les juges doivent constamment s'interroger quant à la nature précise du recours.

Sous sa forme actuelle, la *Loi sur l'immigration*, plus que toute autre loi fédérale, contient de nombreux exemples de ce type de dispositions mixtes qui participent à la fois du contrôle

appeals in immigration matters are provided on the same grounds as judicial review proceedings.

When a decision is given by an adjudicator, (for instance, a removal order) or by a first level tribunal, leave may be obtained to commence a proceeding in the nature of a s. 28 application. When the decision is given by the Refugee Division, leave to appeal may be obtained.

In s. 28 applications, the Federal Court of Appeal will often return the matter with directions which amount to instructing the tribunal as to the decision it ought to render. The result is sometimes very close to a decision on the merits, but the court cannot render that decision.

In the case of an appeal, the Federal Court of Appeal may, if it allows the appeal, set aside the decision. It may then return the matter for rehearing as it often feels it does not have all the evidence before it. If, however, it feels all the evidence is before it and that no other conclusion is possible, the court may render the decision the Refugee Division should have rendered. The court is authorized to do so under subpara. 52(c)(i) of the Federal Court Act. [Underlining added.] [Footnotes omitted.]

At pages 432-433 of the text, the following comments are found:

I would prefer to leave for further decisions whether subs. 18.1(3) enlarges the jurisdiction of the court with respect to the orders it may issue. That section is at least drafted in such a way as to encompass all the remedies available under subs. 18(1). For this reason alone, the former para. 52(d) of the Act had to be widened. The provision certainly contains additional words such as "invalid and unlawful", and "quash". Weather [sic] "[a]rguably the new s. 18.1(3) has enlarged the available remedies", as stated by Whitehall and Smellie, remains to be seen. I suspect these remedies, if enlarged, would remain in the nature of the judicial review power of the court as known to the public law. It has been noted elsewhere that the awarding of damages for instance is not provided for. [Footnote omitted.]

It is clear that it is important when interpreting paragraph 18.1(3)(b) to consider that paragraph in the context of section 18.1 as a whole, together with section 18 and the changes which were made by S.C. 1990, c. 8. That is, decisions which have previously been reviewable only by the Appeal Division are now reviewable by the Trial Division and the Trial Division's jurisdiction on judicial review now encompasses not only relief in the nature of *certiorari*, pro-

judiciaire et de l'appel. En matière d'immigration, il est fréquent que l'appel soit autorisé pour les mêmes motifs que des demandes de contrôle judiciaire.

Lorsqu'un arbitre, ou un tribunal statuant en première instance, rend une décision (une mesure de renvoi, par exemple) l'intéressé pourra être autorisé à engager une procédure telle qu'une demande fondée sur l'article 28. S'agissant d'une décision de la section du statut, il pourra obtenir l'autorisation d'interjeter appel.

S'agissant d'une demande fondée sur l'article 28, la Cour d'appel fédérale a souvent renvoyé l'affaire, avec des instructions qui reviennent en fait à dicter au tribunal la décision qu'il devrait prendre. Souvent cela ressemble de près à une décision sur le fond, décision que la Cour n'est pas en droit de rendre.

S'agissant d'un appel, la Cour d'appel fédérale peut, si elle décide d'accueillir l'appel, annuler la décision. Elle peut alors renvoyer l'affaire pour nouvelle audition, étant donné que, souvent, elle n'estime pas disposer de tous les éléments du dossier. Si, cependant, elle estime disposer de tous les éléments du dossier, et qu'aucune autre conclusion ne lui semble possible, la Cour peut rendre la décision que la section du statut aurait dû rendre. La Cour a le pouvoir de le faire en vertu de l'alinéa 52c(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*. [Non souligné dans l'original.] [Les notes infrapaginaires n'ont pas été reprises.]

Aux pages 432 et 433 du texte, on trouve les observations suivantes:

[TRADUCTION] Je préfère laisser aux tribunaux le soin de décider si le paragraphe 18.1(3) élargit les compétences de la Cour en matière d'ordonnances. Disons tout de même que cette disposition est formulée de manière à englober tous les redressements pouvant être accordés en vertu du paragraphe 18(1). Ne serait-ce que pour cette raison-là, il fallait bien élargir la portée de l'ancien alinéa 52d). La disposition contient, il est clair, des mots supplémentaires tels que «nul ou illégal», et «annulé». Quant à savoir si l'on pourrait effectivement dire que le nouveau paragraphe 18.1(3) élargit la gamme des redressements susceptibles d'être accordés, comme le font valoir Whitehall et Smellie, on ne saurait pour l'instant l'affirmer. Je soupçonne que, même si la gamme des redressements possibles a effectivement été élargie, les mesures pouvant être ordonnées restent dans les limites des pouvoirs de contrôle judiciaire reconnus à la Cour en droit public. Certains ont relevé, par exemple, que rien ne prévoit l'octroi de dommages-intérêts. [Les notes infrapaginaires n'ont pas été reprises.]

Il est clair que, pour interpréter l'alinéa 18.1(3)(b), l'important est d'examiner l'alinéa dans le contexte plus large de l'article 18.1, et d'en faire une lecture globale avec l'article 18 et les modifications apportées par L.C. 1990, ch. 8. C'est-à-dire que les décisions qui ne pouvaient, auparavant, faire l'objet d'un contrôle judiciaire que de la part de la Section d'appel, peuvent maintenant faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de la Section de première ins-

hibition and *mandamus* but also by way of declaration and injunction.

Subsection 18.1(3) authorizes the Trial Division, on judicial review to, among other things, “order a federal board . . . to do any act” or to “declare invalid . . . a decision . . . of a federal board” or to “prohibit . . . a decision . . . of a federal board” or to “set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate . . . a decision . . . of a federal board.” It would not be consistent with the wording of the subsection as a whole, and the extensive authority given to the Trial Division thereby, to limit the power of making directions so as to exclude therefrom the making of directions which are so specific that they direct the result the tribunal must reach.

The respondent argues that paragraph 18.1(3)(b) contemplates a “determination” by the tribunal and such would be precluded, in any meaningful sense, by specific directions. This contention can be answered, in my view, by reference to two factors: subsection 18.1(3) does not state that the Court may issue only “general” directions—there is no restriction on the specificity of the directions which may be issued; the decisions in *Orelien*, *Chaudri* and *Attakora*, *supra* were all decided by reference to a provision which required reference back to the tribunal for “determination”.

I turn then to the question of when specific directions respecting a decision in a case should be given. The Federal Court of Appeal in *Punniamoorthy v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (A-860-91, January 28, 1994) [not yet reported] recently reviewed the cases in which it had exercised its authority under subparagraph 53(c)(i) and declared an applicant to be a Convention refugee. In my view, similar considerations are relevant in acceding to a request to give specific instructions to the CRDD with respect to an applicant.

tance, les compétences de la Section de première instance en matière de contrôle judiciaire comprenant maintenant non seulement l’octroi de brefs de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*, mais également le pouvoir d’agir par voie de déclaration et d’injonction.

En matière de contrôle judiciaire, le paragraphe 18.1(3) autorise en outre la Section de première instance à «ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte» ou «déclarer nul[le] . . . toute décision . . . de l’office fédéral» ou de «prohiber . . . toute décision . . . de l’office fédéral» ou de «infirmer et renvoyer pour jugement . . . toute décision . . . de l’office fédéral». Il ne serait pas logique, compte tenu du libellé de ce paragraphe, et des larges pouvoirs qu’il confère à la Section de première instance, de restreindre le pouvoir de celle-ci en matière d’instructions, en l’empêchant de donner des instructions d’une précision telle que cela revient en fait à dicter au tribunal la décision qu’il devrait prendre.

L’intimé fait valoir que l’alinéa 18.1(3)b) parle de «jugement» d’un tribunal, et qu’en vérité il ne saurait y avoir de jugement en présence d’instructions aussi précises. J’estime pouvoir répondre à cet argument en citant deux facteurs: d’abord, il n’est pas dit, au paragraphe 18.1(3), que la Cour ne pourra donner que des instructions «générales»—la disposition ne contient aucune restriction quant au degré de précision des instructions pouvant être données; les décisions rendues dans les affaires *Orelien*, *Chaudri* et *Attakora* (précitées) découlaient toutes d’une disposition prévoyant le renvoi de l’affaire au tribunal pour «jugement».

Passons maintenant aux cas où il y aurait lieu de donner des instructions précises quant à la manière dont la cause devrait être tranchée. Récemment, dans l’affaire *Punniamoorthy c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (A-860-91, 28 janvier 1994) [encore inédite], la Cour d’appel fédérale a eu l’occasion d’examiner les affaires à l’occasion desquelles elle avait exercé le pouvoir que lui confère le sous-alinéa 53c)(i) pour déclarer qu’un requérant était effectivement un réfugié au sens de la Convention. J’estime que de telles considérations sont pertinentes lorsqu’il s’agit de faire droit à une demande, et

The type of questions which the Court of Appeal asked itself were: is the evidence on the record so clearly conclusive that the only possible conclusion is that the claimant is a Convention refugee; is the sole issue to be decided a pure question of law which will be dispositive of the case; is the legal issue based on uncontroverted evidence and accepted facts; is there a factual issue which involves conflicting evidence which is central to the claim?

Assessing the present application in the light of an analysis in accordance with those questions, I cannot find that this case is one in which the CRDD should be directed with respect to the result it should reach. The applicant's case will therefore be referred back to the CRDD for rehearing.

de donner, à l'égard d'un requérant, des instructions précises à la SSR.

*a* Voici le genre de questions que la Cour d'appel s'est posées: les preuves versées aux débats sont-elles si nettement concluantes que la seule conclusion qui puisse en être tirée serait que le demandeur de statut est effectivement un réfugié au sens de la Convention; la seule question à trancher est-elle une pure question de droit, concluante aux fins de la cause; la question de droit ainsi posée est-elle fondée sur des faits qui sont admis et sur des preuves incontestées; l'affaire dépend-elle d'une question de fait sur laquelle la preuve est partagée?

*c* Ayant étudié la demande en fonction d'une analyse qui intègre les questions évoquées, j'estime qu'il n'y a pas lieu en l'occurrence de donner d'instructions quant à la conclusion que devrait adopter la SSR. La cause du requérant est renvoyée devant la SSR pour nouvelle audition.

*d*



A-205-93

A-205-93

**Henry Loewen (Appellant) (Defendant)****Henry Loewen (appelant) (défendeur)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent) (Plaintiff)****a Sa Majesté La Reine (intimée) (demanderesse)***INDEXED AS: CANADA v. LOEWEN (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. LOEWEN (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and McDonald JJ.A.—Vancouver, March 22; Ottawa, April 14, 1994.

b Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et McDonald J.C.A.—Vancouver, 22 mars; Ottawa, 14 avril 1994.

*Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Appeal from trial judgment holding gain realized on redemption of Scientific Research Tax Credit (SRTC) debenture income from adventure in nature of trade — Appellant buying SRTC for \$200,000 in July 1984 — Redeeming debenture for \$140,000 in January 1985 — Sole purpose of transaction to obtain tax credit — As debenture redeemable by either company or holder, redemption could never result in profit to holder — As s. 127.3(6) deeming cost of acquisition of debenture actual cost reduced by 50% of designated amount (\$200,000), notional gain of \$40,000 although actual loss of \$60,000 — Appeal allowed — \$40,000 capital gain — Adventure in nature of trade if dealing with commodity in same way as ordinary trader or dealer — Must be possibility of profit in commercial sense to be adventure in nature of trade — Notional profit created by Income Tax Act not to be treated as real for purpose of applying objective standard of "ordinary trader" — Notional profit not inducing trader to enter into transaction — Tax credit only inducement herein — Not converting transaction into adventure in nature of trade.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Appel formé contre la décision de la Section de première instance, portant que le gain réalisé lors du rachat d'une débeture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) est un revenu découlant d'un risque de caractère commercial — L'appellant a acheté un CIRS pour 200 000 \$ en juillet 1984 — Il a racheté la débeture pour 140 000 \$ en janvier 1985 — Le seul but de l'opération était d'obtenir un crédit d'impôt — Puisque la débeture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, il était impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur — Puisque aux termes de l'art. 127.3(6), on présume que le coût d'acquisition de la débeture est le coût réel moins 50 % du montant désigné (200 000 \$), il y a eu gain fictif de 40 000 \$, malgré une perte véritable de 60 000 \$ — Appel accueilli — Gain en capital de 40 000 \$ — Il y a risque de caractère commercial si l'opération est conduite de la même façon qu'une transaction effectuée par un commerçant ou un négociant ordinaire — Il doit être possible de réaliser un profit au sens commercial pour qualifier une opération de risque de caractère commercial — Le profit fictif créé par la Loi de l'impôt sur le revenu ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère objectif du «commerçant ou négociant ordinaire» — Le profit fictif n'incite pas un commerçant à effectuer l'opération — La seule motivation en l'espèce était le crédit d'impôt — Cela ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.*

This was an appeal from the trial judgment holding that the gain realized on the redemption of a scientific research tax credit (SRTC) debenture was income from an adventure in the nature of trade, not a capital gain. The litigation arose out of a short-lived statutory scheme to encourage investment in companies doing scientific research. The appellant purchased a debenture for \$200,000 in July 1984. It was redeemable by either the holder or the company issuing it for \$140,000, and was redeemed in January 1985 at the appellant's request. The sole purpose of the transaction was to obtain a tax credit. Since the debenture was redeemable by either the company or the holder, it could never have a value in excess of \$140,000 and it was impossible that redemption could ever result in a profit to the holder. *Income Tax Act*, subsection 127.3(6) deemed an investor's cost of acquisition to be reduced by 50% of the amount designated under subsection 194(4). The vendor designated the entire \$200,000 under subsection 194(4). Although

Il s'agit d'un appel formé contre la décision de la Section de première instance portant que le gain réalisé lors du rachat d'une débeture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) était un revenu découlant d'un risque de caractère commercial, et non un gain en capital. Le litige est né d'un régime législatif éphémère qui visait à encourager l'investissement dans les compagnies effectuant de la recherche scientifique. L'appellant a acquis une débeture au coût de 200 000 \$ en juillet 1984. La débeture était rachetable par le détenteur ou la compagnie émettrice au prix de 140 000 \$, et elle a été rachetée en janvier 1985, à la demande de l'appellant. L'opération avait pour seul objet d'obtenir un crédit d'impôt. Puisque la débeture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, elle n'aurait jamais pu valoir plus de 140 000 \$; aussi était-il impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur. Aux termes du paragraphe 127.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le coût d'acqui-

the appellant suffered an actual loss of \$60,000 (cost of acquisition less redemption price), he had a notional gain of \$40,000 (redemption price less deemed cost of acquisition or \$100,000 [actual cost reduced by 50%]). The appellant claimed this notional gain as capital gain in his 1985 return. The Minister reassessed on the basis that it was a profit from an adventure in the nature of trade and taxable as business income. The Tax Court held that the \$40,000 gain was a capital gain. It could not be a trading transaction because it could not generate a profit. The Trial Judge came to the opposite conclusion because the appellant had disposed of the debenture, once it had served its tax credit purpose, as quickly as possible and in the same manner as a trader. The issues were: (1) whether a transaction which is structured so that it cannot possibly produce a trading profit may be an adventure in the nature of trade; (2) whether a notional profit resulting from such a transaction as a consequence of the law deeming the purchaser's cost of acquisition to be less than his proceeds of disposition is to be taxed as income or capital gain.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Per* Hugessen J.A. (McDonald J.A. concurring): The purchase and redemption of the SRTC debenture was not an adventure in the nature of trade and the deemed gain therefrom should be treated as a capital gain, not as income.

The appellant was not assessed on the basis that he was a trader or engaged in a business, but on the basis that the profits from this transaction were to be treated as business profits because the transaction was "an adventure in the nature of trade" within the meaning of section 248. The notion of an adventure in the nature of trade extends the reach of the charging sections to transactions which, although not carried out by a trader, are of the same kind as trading transactions. A trader may in the course of his business enter into transactions which cannot possibly generate a profit by themselves, but whose purpose is to benefit the business as a whole.

While a positive finding that a transaction was for speculation or for investment may be decisive as to whether it was a trading transaction, an equivalent negative finding, i.e. that it was not one or the other of those things, cannot be so. The appellant's purchase and redemption of the debenture were not to be characterized as an investment.

An intention to make a profit from a transaction is not a prerequisite to finding that such a transaction is an adventure in the nature of trade. If a person deals with the commodity purchased by him in the same way as a dealer in it would ordinarily do, such dealing is a trading adventure.

tion pour l'investisseur était présumé être réduit de 50 % du montant désigné conformément au paragraphe 194(4). Le vendeur a désigné la somme totale de 200 000 \$ en application du paragraphe 194(4). Bien que l'appellant ait subi une perte réelle de 60 000 \$ (le coût d'acquisition moins le prix de rachat), il a réalisé un gain fictif de 40 000 \$ (le prix de rachat moins le coût d'acquisition présumé ou 100 000 \$ [coût réel moins 50 %]). Dans sa déclaration de revenus de 1985, l'appellant a déclaré cette somme à titre de gain en capital. Le ministre a établi une nouvelle cotisation sur le fondement qu'il s'agissait d'un profit découlant d'un risque de caractère commercial, imposable comme revenu d'entreprise. La Cour de l'impôt a conclu que la somme de 40 000 \$ était un gain en capital. Il ne pouvait s'agir d'une opération commerciale puisque celle-ci ne pouvait rapporter un profit. Le juge de première instance en est venu à la conclusion opposée parce que l'appellant a, aussi rapidement que possible et de la même manière que l'aurait fait un commerçant, vendu la débenture après que celle-ci lui eut permis d'obtenir un crédit d'impôt. L'appel soulève deux questions: (1) L'opération structurée de manière à ne pouvoir rapporter aucun profit commercial peut-elle constituer un risque de caractère commercial? (2) Le profit fictif, qui est engendré du fait qu'en vertu de la Loi, le coût d'acquisition pour l'acheteur est présumé être inférieur à son produit de disposition, doit-il être imposé à titre de revenu ou de gain en capital?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Le juge Hugessen, J.C.A. (le juge McDonald, J.C.A., y souscrit): L'achat et le rachat subséquent de la débenture donnant droit à un CIRS n'était pas un risque de caractère commercial et le gain présumé qui en a été tiré devrait être traité comme un gain en capital et non comme un revenu.

L'appellant n'a pas été imposé sur le fondement qu'il est commerçant ou qu'il exploite une entreprise, mais parce que les profits qu'a rapportés l'opération doivent être traités comme des profits d'entreprise puisque l'opération est «un risque de caractère commercial» au sens de l'article 248. La notion de risque de caractère commercial étend la portée des articles qui créent une obligation fiscale à des opérations qui, bien qu'elles ne soient pas effectuées par un commerçant, sont d'une nature identique aux opérations commerciales. Un commerçant peut, dans le cadre de son entreprise, effectuer des opérations qui, d'elles-mêmes, ne peuvent rapporter un profit, mais qui visent à profiter à l'entreprise en général.

Bien qu'une conclusion favorable selon laquelle une opération visait à spéculer ou à effectuer un placement peut être déterminante quant à savoir s'il s'agissait d'une opération commerciale ou non, il n'en est rien de la conclusion défavorable équivalente portant que l'opération ne visait à faire ni l'un ni l'autre. L'achat et le rachat subséquent de la débenture par l'appellant ne relevait pas du placement.

L'intention de tirer un profit d'une opération n'est pas nécessaire pour conclure qu'une telle opération est un risque de caractère commercial. Si une personne dispose d'un article qu'elle a acheté tout comme le ferait ordinairement un marchand, elle s'engage dans une initiative d'un caractère commercial.

Tax considerations, more particularly an anticipated tax advantage, cannot be determinative of whether a transaction is a trading operation. A transaction whose sole purpose is to reduce the tax otherwise payable is not, for that reason alone, an adventure in the nature of trade.

For a transaction to be characterized as an adventure in the nature of trade, it must be one from which it is possible to derive a profit in a commercial sense. A purely notional profit cannot turn an otherwise unprofitable transaction into an adventure in the nature of trade. No trader who expected to stay in business would enter into transactions which were capable of producing only fictitious profits. The fictionally reduced cost of acquisition cannot be used to attribute to the transaction itself a profit-making capability which it does not have in reality. If the *Income Tax Act* is to deem a transaction to produce a notional profit, that profit must not be treated as real for the purposes of applying the test. The question must be whether such a purely notional profit would induce a trader to enter into the transaction. It clearly would not. The real and only inducement herein was the tax credit, which cannot turn the transaction into an adventure in the nature of trade.

*Per Pratte J.A. (dissenting)*: The \$40,000 gain was income from an adventure in the nature of trade. The gain was a fiction created by *Income Tax Act*, subsection 127.3(6). The deeming provision contained therein must be applied for all purposes relevant to the *Income Tax Act*, including the characterization of a transaction as an investment or an adventure in the nature of trade. In determining the real nature of the transaction it had to be assumed that the appellant acquired the debenture for \$100,000 and the fact that he paid twice that amount ignored. As the appellant acquired the debenture with the intention that it be redeemed for \$140,000 shortly afterwards, it follows that he was in the same situation as if he had bought for \$100,000 a painting that he intended to sell a few days later for \$140,000. His profit of \$40,000 resulted from an adventure in the nature of trade.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 127.3 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 73; as am. *idem*, c. 45, s. 46), 194(4) (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95), 248 (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1956] A.C. 14 (H.L.); *M.N.R. v. J. A. Taylor*, [1956] C.T.C. 189; (1956), 56 DTC 1125 (Ex. Ct.); *Moloney (M.) v. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227; (1992), 92 DTC 6570; 145 N.R. 258 (F.C.A.); *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v.*

Les considérations d'ordre fiscal, et plus particulièrement l'avantage fiscal envisagé, ne peuvent permettre de trancher la question de savoir si une opération donnée est commerciale. L'opération dont le seul but est de réduire l'impôt par ailleurs payable n'est pas, pour cette seule raison, un risque de caractère commercial.

Pour qualifier une opération de risque de caractère commercial, il doit être possible de tirer d'une telle opération un profit au sens commercial. Le profit purement fictif ne peut servir à transformer une opération par ailleurs non rentable en un risque de caractère commercial. Aucun commerçant souhaitant demeurer en affaires effectuerait des opérations susceptibles de produire des profits fictifs uniquement. Le coût d'acquisition réduit artificiellement ne peut être utilisé pour attribuer à l'opération elle-même une capacité de produire un profit qu'en réalité elle ne possède pas. Si la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit présumer qu'une opération produit un profit fictif, ce profit ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère. La question doit être celle de savoir si ce profit purement fictif servirait à inciter un commerçant à effectuer l'opération. Il est clair qu'il n'en serait rien. La seule motivation réelle en l'espèce était le crédit d'impôt, qui ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.

Le juge Pratte, J.C.A. (*dissent*): Le gain de 40 000 \$ était un revenu tiré d'un risque de caractère commercial. Le gain était une fiction créée par le paragraphe 127.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La présomption créée à ce paragraphe doit être appliquée à toutes les fins pertinentes relativement à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont la qualification d'une opération à titre de placement ou de risque de caractère commercial. Pour déterminer la véritable nature de l'opération, il faut supposer que l'appelant a acquis la débenture au coût de 100 000 \$ et ne pas tenir compte du fait qu'il a en réalité payé le double de ce montant. Comme l'appelant a acquis la débenture dans l'intention qu'elle soit rachetée pour 140 000 \$ peu après, il s'ensuit qu'il est dans la même situation que s'il avait acheté au coût de 100 000 \$ une peinture qu'il avait l'intention de vendre quelques jours plus tard pour 140 000 \$. Son profit de 40 000 \$ découle manifestement d'un risque de caractère commercial.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 127.3 (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 73; mod., *idem*, ch. 45, art. 46), 194(4) (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 95), 248 (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*, [1956] A.C. 14 (H.L.); *M.N.R. v. J. A. Taylor*, [1956] C.T.C. 189; (1956), 56 DTC 1125 (C. de l'É.); *Moloney (M.) c. Canada*, [1992] 2 C.T.C. 227; (1992), 92 DTC 6570; 145 N.R. 258 (C.A.F.); *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *FA & AB Ltd v.*

*Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.); *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Grainger & Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.); *Erichsen v. Last* (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

*Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.); *Californian Copper Syndicate v. Harris* (1904), 5 T.C. 159; *Grainger & Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.); *Erichsen v. Last* (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

APPEAL from trial judgment ([1993] 1 C.T.C. 212 (F.C.T.D.); revg [1990] 1 C.T.C. 2133; (1989), 90 DTC 1009 (T.C.C.)) holding that the gain realized on the redemption of a scientific and research tax credit debenture was income from an adventure in the nature of trade. Appeal allowed.

a APPEL formé contre la décision de la Section de première instance ([1993] 1 C.T.C. 212 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); inf. [1990] 1 C.T.C. 2133; (1989), 90 DTC 1009 (C.C.I.)), suivant laquelle le gain réalisé lors du rachat d'une débenture donnant droit à un crédit d'impôt pour la recherche scientifique était un revenu découlant d'un risque de caractère commercial. Appel accueilli.

COUNSEL:

*Craig C. Sturrock* for appellant.  
*O. Brent Paris* for respondent.

AVOCATS:

*Craig C. Sturrock* pour l'appellant.  
*O. Brent Paris* pour l'intimée.

SOLICITORS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

*Thorsteinssons*, Vancouver, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* 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*

PRATTE J.A. (*dissenting*): The facts which gave rise to this appeal as well as the relevant statutory provisions are set out in the reasons for judgment of my brother Hugessen.

LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissant*): Les faits qui ont donné naissance au présent appel de même que les dispositions législatives pertinentes sont énoncés dans les motifs de jugement de mon collègue le juge Hugessen.

In my view, the Trial Division [[1993] 1 C.T.C. 212] was right in holding that the gain of \$40,000 realized by the appellant on the redemption of the \$140,000 debenture issued by Dynaflex Industries Inc. was income from an adventure in the nature of trade rather than a capital gain.

À mon avis, la Section de première instance [[1993] 1 C.T.C. 212] a, à juste titre, conclu que le gain de 40 000 \$ réalisé par l'appellant lors du rachat de la débenture de 140 000 \$ émise par Dynaflex Industries Inc. était un revenu tiré d'un risque de caractère commercial et non un gain en capital.

That gain of \$40,000, of course, was not real. In fact, the appellant sustained a loss of \$60,000 on the redemption of the debenture since he had paid \$200,000 for it. However, pursuant to subsection 127.3(6) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 73; as am. *idem*, c. 45, s. 46)], he was deemed to have acquired that debenture at a cost of \$100,000. Hence, the \$40,000 gain.

Évidemment, ce gain de 40 000 \$ n'était pas réel. En fait, l'appellant a subi une perte de 60 000 \$ lors du rachat de la débenture puisqu'il l'avait acquise au coût de 200 000 \$. Toutefois, en application du paragraphe 127.3(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 73; mod., *idem*, ch. 45, art. 46)], il était présumé avoir acquis cette débenture au coût de 100 000 \$. D'où le gain de 40 000 \$.

The appellant does not challenge that, for the purposes of the *Income Tax Act*, his acquisition and the

L'appellant ne conteste pas qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'acquisition et le rachat subsé-

subsequent redemption of the Dynaflex debenture resulted in a gain of \$40,000. He agrees that the deeming provision of subsection 127.3(6) must be applied in order to determine whether the transaction resulted in a gain or a loss. However, his argument that the \$40,000 was not a profit resulting from an adventure in the nature of trade is based on the assumption that section 127.3 [as enacted *idem*] has no role to play in the characterization of the transaction as an investment or an adventure in the nature of trade. In my view, that assumption is wrong.

As the deeming provision contained in subsection 127.3(6) was not enacted for special or limited purposes, it must be applied for all purposes relevant to the *Income Tax Act* including the characterization of a transaction as an investment or an adventure in the nature of trade. It follows that in determining the real nature of the transaction here in question one must assume that the appellant acquired the Dynaflex debenture for \$100,000 and ignore the fact that he actually paid twice that amount for it.

As it is common ground that the appellant acquired the debenture with the intention that it be redeemed for \$140,000 shortly afterwards, it also follows that he is in the same situation as if he had bought for \$100,000 a painting that he intended to sell a few days later for \$140,000. His profit of \$40,000 clearly results from an adventure in the nature of trade. If the appellant could make a persuasive argument to the contrary, it is only by referring to the fact that he actually paid \$200,000 for the debenture (and could not, as a consequence, hope to make a profit on its redemption). But, as I have said, that fact must be ignored.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

HUGESSEN J.A.: The question raised by this appeal is whether a transaction which is structured in such a way that it cannot possibly produce a trading profit may nonetheless be an adventure in the nature of trade. More particularly, the question is to know whether a notional profit resulting from such a trans-

quent de la débenture de Dynaflex a entraîné un gain de 40 000 \$. Il convient que la présomption prévue au paragraphe 127.3(6) doit être appliquée afin de déterminer si l'opération a entraîné un gain ou une perte. Toutefois, il suppose, pour soutenir que la somme de 40 000 \$ n'était pas un profit résultant d'un risque de caractère commercial, que l'article 127.3 [édicte, *idem*] ne joue aucun rôle dans la qualification de l'opération comme un placement ou un risque de caractère commercial. À mon avis, sa supposition est erronée.

Comme la présomption créée au paragraphe 127.3(6) n'a pas été adoptée à des fins spécifiques ou limitées, elle doit être appliquée à toutes les fins pertinentes relativement à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont la qualification d'une opération à titre de placement ou de risque de caractère commercial. Il s'ensuit que, pour déterminer la véritable nature de l'opération en question en l'espèce, il faut supposer que l'appelant a acquis la débenture de Dynaflex au coût de 100 000 \$ et ne pas tenir compte du fait qu'il a en réalité payé le double de ce montant.

Comme il est reconnu que l'appelant a acquis la débenture dans l'intention qu'elle soit rachetée pour 140 000 \$ peu après, il s'ensuit également qu'il est dans la même situation que s'il avait acheté au coût de 100 000 \$ une peinture qu'il avait l'intention de vendre quelques jours plus tard pour 140 000 \$. Son profit de 40 000 \$ découle manifestement d'un risque de caractère commercial. Ce n'est qu'en renvoyant au fait qu'il a en réalité payé la débenture 200 000 \$ (et ne pouvait pas, pour ce motif, espérer réaliser un profit sur le rachat) que l'appelant pourrait prétendre le contraire de façon convaincante. Or, comme je l'ai dit, on ne doit pas tenir compte de cet élément.

Je rejeterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Le présent appel soulève la question de savoir si l'opération structurée de manière à ne pouvoir rapporter aucun profit commercial peut néanmoins constituer un risque de caractère commercial. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si le profit fictif, qui est engendré du fait qu'en vertu

action as a consequence of the law deeming the purchaser's cost of acquisition to be less than his proceeds of disposition is to be taxed as income or as a capital gain.

The matter arises in this way. In July, 1984, the appellant purchased from a company called Dynaflex Industries Inc. a "scientific research tax credit" debenture for a price of \$200,000 payable partly in cash and partly by promissory note, the balance of which was due no later than December 31, 1984. The issuer of the debenture, Dynaflex, undertook to "designate" the full amount of \$200,000 pursuant to subsection 194(4) of the *Income Tax Act*.<sup>1</sup> The debenture was redeemable by either party at a redemption price of \$140,000 and was in fact redeemed on January 2, 1985 at appellant's request.

The whole purpose of the transaction, from the appellant's point of view, was to allow him to benefit from a scientific research tax credit (SRTC) in his 1984 taxation year. The transaction, known in the vernacular of tax advisors as a "quick flip", achieved its purpose and the appellant obtained a credit against 1984 federal tax of \$68,000. Since the reduction in the appellant's federal tax payable also had the effect of reducing his provincial tax payable by \$34,000, he obtained a total tax advantage of \$102,000 from the transaction.

The relevant provisions of the *Income Tax Act* at the time were as follows:

**127.3** (1) There may be deducted from the tax otherwise payable under this Part by a taxpayer for a taxation year an amount not exceeding the aggregate of

- (a) his scientific research tax credit for the year; and
  - (b) his unused scientific research tax credit for the taxation year immediately following the year.
- (2) For the purposes of this Act,
- (a) "scientific research tax credit" of a taxpayer for a taxation year means the aggregate of all amounts each of which is an amount equal to

- (i) where the taxpayer is a corporation, 50%, or

<sup>1</sup> S.C. 1970-71-72, c. 63, as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 95.

de la loi, le coût d'acquisition pour l'acheteur est présumé être inférieur à son produit de disposition, doit être imposé à titre de revenu ou de gain en capital.

<sup>a</sup> L'affaire se présente ainsi. En juillet 1984, l'appellant a acquis auprès d'une compagnie appelée Dynaflex Industries Inc. une débenture donnant droit à un «crédit d'impôt pour la recherche scientifique» au coût de 200 000 \$, payable en partie en argent et en partie par la remise d'un billet à ordre, dont le solde était payable au plus tard le 31 décembre 1984. Dynaflex, l'émettrice de la débenture, s'est engagée à «désigner» la somme totale de 200 000 \$ en application du paragraphe 194(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.<sup>1</sup> À la demande de l'appellant, la débenture, qui était rachetable par l'une ou l'autre partie au prix de 140 000 \$, a effectivement été rachetée le 2 janvier 1985.

<sup>b</sup> Du point de vue de l'appellant, l'opération avait pour seul objet de permettre à ce dernier de tirer profit d'un crédit d'impôt pour la recherche scientifique (CIRS) dans son année d'imposition 1984. L'opération, qualifiée dans le langage des conseillers en fiscalité de «vente-rachat», a atteint son but et l'appellant a obtenu à l'égard de son impôt fédéral de 1984 un crédit de 68 000 \$. La réduction de l'impôt fédéral payable de l'appellant ayant également pour effet de réduire de 34 000 \$ son impôt provincial payable, il a joui d'un avantage fiscal total de 102 000 \$ grâce à l'opération.

<sup>c</sup> Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'époque étaient les suivantes:

<sup>d</sup> **127.3** (1) Un contribuable peut déduire de l'impôt qu'il est par ailleurs tenu de payer en vertu de la présente Partie pour une année d'imposition, un montant ne dépassant pas le total de

- (a) son crédit d'impôt pour la recherche scientifique; et
  - (b) la partie inutilisée de son crédit d'impôt pour la recherche scientifique pour l'année d'imposition suivant l'année.
- (2) Pour l'application de la présente loi,
- (a) «crédit d'impôt pour la recherche scientifique» auquel a droit un contribuable pour une année d'imposition représente le total de toutes les sommes égales à,

- (i) lorsque le contribuable est une corporation, 50 %, ou

<sup>1</sup> S.C. 1970-71-72, ch. 63, édicté par S.C. 1984, ch. 1, art. 95.

(ii) where the taxpayer is an individual other than a trust, 34%

of an amount designated by a corporation under subsection 194(4) in respect of

(iii) a share acquired by the taxpayer in the year where the taxpayer is the first person, other than a broker or dealer in securities, to be a registered holder thereof,

(iv) a bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothec or similar obligation (in this section and in Part VIII referred to as a "debt obligation") acquired by the taxpayer in the year where the taxpayer is the first person, other than a broker or dealer in securities, to be a registered holder thereof, or

(v) a right acquired by the taxpayer in the year where the taxpayer is the first person, other than a broker or dealer in securities, to have acquired that right,

less any amount required by subsection (5) to be deducted in computing the taxpayer's scientific research tax credit for the year; and

(6) For the purposes of this Act, where at any time in a taxation year a taxpayer has acquired a share, debt obligation or right and is the first registered holder of the share or debt obligation or the first person to have acquired the right, as the case may be, other than a broker or dealer in securities, and an amount is, at any time, designated by a corporation under subsection 194(4), in respect of the share, debt obligation or right, the following rules apply:

(a) he shall be deemed to have acquired the share, debt obligation or right at a cost to him equal to the amount by which

(i) its cost to him as otherwise determined

exceeds

(ii) 50% of the amount so designated in respect thereof; and

(b) where the amount determined under subparagraph (a)(ii) exceeds the amount determined under subparagraph (a)(i), the excess shall

(i) where the share, debt obligation or right, as the case may be, is a capital property to him, be deemed to be a capital gain of the taxpayer for the year from the disposition of that property; and

(ii) in any other case, be included in computing the income of the taxpayer for the year,

and the cost to him of the share, debt obligation or right, as the case may be, shall be deemed to be nil.

#### 194. . . .

(4) Every taxable Canadian corporation may, by filing a prescribed form with the Minister at any time on or before the last day of the month immediately following a month in which it issued a share or debt obligation or granted a right under a scientific research financing contract (other than a share or debt obligation issued or a right granted before October 1983, or a

(ii) lorsque le contribuable est un particulier autre qu'une fiducie, 34 %

d'un montant désigné par une corporation, en vertu du paragraphe 194(4), à l'égard

(iii) d'une action acquise par le contribuable durant l'année et dont il est le premier détenteur enregistré, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs,

(iv) d'une obligation, d'un effet, d'un billet, d'une *mortgage*, d'une hypothèque ou de toute autre semblable obligation (appelé au présent article et dans la Partie VIII «créance») acquis par le contribuable durant l'année et dont il est le premier détenteur enregistré, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs, ou

(v) d'un droit acquis par le contribuable durant l'année et où il est le premier détenteur, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs, à avoir acquis ce droit,

moins tout montant qui doit être déduit en vertu du paragraphe (5) dans le calcul du crédit d'impôt pour la recherche scientifique du contribuable pour l'année; et

(6) Pour l'application de la présente loi, lorsqu'à une date quelconque dans une année d'imposition un contribuable a acquis une action, une créance ou un droit dont il est le premier détenteur ou détenteur enregistré, selon le cas, exception faite d'un courtier ou d'un négociant en valeurs, et à l'égard duquel une corporation a, à une date quelconque, désigné un montant en vertu du paragraphe 194(4), dans le calcul du coût d'acquisition de l'action, de la créance ou du droit, les règles suivantes s'appliquent:

(a) il est réputé avoir acquis l'action, la créance ou le droit à un prix pour lui égal à l'excédent

(i) du coût pour lui tel que déterminé par ailleurs

sur

(ii) 50 % du montant désigné à l'égard de l'action, de la créance ou du droit; et

(b) lorsque le montant déterminé en vertu du sous-alinéa a)(ii) dépasse le montant déterminé en vertu du sous-alinéa a)(i), l'excédent est

(i) lorsque l'action, la créance ou le droit, selon le cas, est pour lui un bien en immobilisations, réputé être un gain en capital du contribuable pour l'année provenant de la disposition de ce bien, et

(ii) dans tout autre cas, inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année,

et le coût pour lui de l'action, de la créance ou du droit, selon le cas, est réputé égal à zéro.

i

#### 194. . . .

(4) Toute corporation canadienne imposable peut, sur production à une date quelconque d'une formule prescrite auprès du Ministre, au plus tard le dernier jour du mois suivant le mois où elle a émis une action ou une créance ou accordé un droit en vertu d'un contrat de financement pour la recherche scientifique (autre qu'une action, une créance émise ou un

share in respect of which the corporation has, on or before that day, designated an amount under subsection 192(4)), designate, for the purposes of this Part and Part I, an amount in respect of that share, debt obligation or right not exceeding the amount by which

(a) the amount of the consideration for which it was issued or granted, as the case may be,

exceeds

(b) in the case of a share, the amount of any assistance (other than an amount included in computing the scientific research tax credit of a taxpayer in respect of that share) provided, or to be provided by a government, municipality or any other public authority in respect of, or for the acquisition of, that share.

Briefly stated, the purpose of the statutory scheme (which was short-lived) was to encourage investment in companies doing scientific research. This was done by providing a federal tax credit of 34% of any amount invested in such a company and "designated" by the latter. Since most provincial income tax is calculated as a function (about 50%) of federal tax a reduction in the latter produced a corresponding reduction in the former for a total tax advantage to the investor of about 50% of the amount invested. To offset some of the scheme's "tax cost" to the fisc the investor's cost of acquisition was deemed to be reduced by 50% of the designated amount, or approximately the same amount as the tax credit he had received.

As previously indicated the appellant did not require redemption of the debenture until January 1985. That redemption was for the stipulated price of \$140,000. Since the appellant had paid \$200,000 for the debenture, he suffered an actual loss on the redemption in the amount of \$60,000. Furthermore, since the debenture was redeemable by either the company or the holder, it is inconceivable that it could ever have a value in excess of \$140,000 and it was accordingly impossible that redemption could ever result in a profit to the holder.

In the unreal world of income tax, however, things are seldom what they seem and are frequently deemed to be quite different from what they are. By the terms of subsection 127.3(6), *supra*, the appellant was deemed to have acquired the debenture at a cost

droit accordé avant octobre 1983 ou une action à l'égard de laquelle la corporation a, avant ou au plus tard à ce jour, désigné un montant en vertu du paragraphe 192(4)) désigner, aux fins de la présente Partie et de la Partie I, un montant à l'égard de cette action, de cette créance ou de ce droit, ne dépassant pas le montant de l'excédent éventuel

a) de la valeur de la contrepartie pour laquelle l'action ou la créance a été émise, ou le droit accordé, selon le cas,

sur

b) dans le cas d'une action, le montant de toute aide (à l'exclusion d'un montant inclus dans le calcul du crédit d'impôt pour la recherche scientifique d'un contribuable relativement à cette action) fournie, ou devant être fournie, par un gouvernement, une municipalité ou tout autre corps public en ce qui concerne l'action ou l'acquisition de celle-ci.

En peu de mots, le régime législatif (qui fut éphémère) avait pour objet d'encourager l'investissement dans les compagnies effectuant de la recherche scientifique. Pour ce faire, on accordait un crédit d'impôt fédéral équivalant à 34 % de toute somme investie dans une telle compagnie et «désignée» par cette dernière. Puisque la plus grande partie de l'impôt provincial sur le revenu est calculé en fonction (environ 50 %) de l'impôt fédéral, une réduction de ce dernier entraînait une réduction correspondante de l'impôt provincial, ce qui procurait à l'investisseur un avantage fiscal total d'environ 50 % de la somme investie. Pour compenser une partie du «coût fiscal» subi par le fisc du fait du régime, le coût d'acquisition pour l'investisseur était présumé être réduit de 50 % du montant désigné, ou d'environ la somme égale au crédit d'impôt qu'il avait reçu.

Comme je l'ai indiqué précédemment, l'appellant n'a demandé le rachat de la débenture qu'en janvier 1985, rachat qui a été effectué au prix convenu de 140 000 \$. Comme l'appellant avait versé 200 000 \$ pour la débenture, il a subi lors du rachat une perte réelle de 60 000 \$. En outre, puisque la débenture était rachetable par la compagnie ou par le détenteur, il est inconcevable qu'elle ait pu un jour valoir plus de 140 000 \$; aussi était-il impossible que le rachat rapporte un profit au détenteur.

Toutefois, dans le monde irréal de l'impôt sur le revenu, les choses sont rarement ce qu'elles semblent être et sont fréquemment présumées être tout à fait différentes de ce qu'elles sont. Aux termes du paragraphe 127.3(6), précité, l'appellant était présumé



of only \$100,000, being his actual cost (\$200,000) reduced by 50% of the designated amount, or, since the entire proceeds of the debenture had been designated, \$100,000. That being so, the redemption price of \$140,000 received by the appellant in 1985 was, for tax purposes, \$40,000 greater than his cost of acquisition. It is that notional difference which is at the source of this litigation.

In his income tax return for the 1985 taxation year, the appellant showed this amount as a capital gain. The Minister reassessed on the basis that it was a profit from an adventure in the nature of trade and taxable as business income. The appellant appealed to the Tax Court of Canada [[1990] 1 C.T.C. 2133] which allowed the appeal and directed that the Minister reassess on the basis that the gain of \$40,000 was a capital gain. The crux of the Tax Court Judge's reasons appears from the following passage [at pages 2138-2139]:

In light of all the circumstances of this case, I am of the view that this transaction does not possess the characteristics of a trading operation. In my opinion, the evidence is clear that trading in securities was not in the ordinary course of the Appellant's business. Moreover, the Appellant did not trade in the subject Debenture. He merely purchased it from its issuer for its inherent income tax attributes and redeemed it from its issuer at virtually no risk to him. He did not deal with the Debenture in the same manner as a person whose ordinary business is the buying and selling of Debentures and other securities. The acquisition of the Debenture was not for the purpose of earning income therefrom as it would normally be understood by persons engaged in buying and selling Debentures because the manner in which the present transaction was structured made this impossible right from the start. Indeed, the only way that the holder of the Debenture could recover some of the original purchase price of the Debenture was to call for its redemption for an amount less than the original purchase price. I agree with counsel for the Appellant that no profit in a trading sense arose from the acquisition and disposition of the Debenture. Indeed, if the benefits of the tax credit are disregarded, a loss according to ordinary commercial principles arose upon the redemption of the Debenture because the acquisition cost to the Appellant of the Debenture (\$200,000) exceeded the proceeds of its disposition (\$140,000) on redemption by \$60,000.

In brief general terms, the Appellant did not deal with the property as an ordinary trader in property of that nature in order to realize a profit from its sale.

avoir acquis la débenture au coût de 100 000 \$ seulement, soit son coût réel (200 000 \$), moins 50 % du montant désigné, ou, puisque le produit total de la débenture avait été désigné, moins 100 000 \$. Cela étant, le prix de rachat de 140 000 \$ reçu par l'appellant en 1985 était, aux fins fiscales, supérieur de 40 000 \$ à son coût d'acquisition. C'est cette différence fictive qui est à l'origine du présent litige.

Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1985, l'appellant a déclaré cette somme à titre de gain en capital. Le ministre a établi une nouvelle cotisation sur le fondement qu'il s'agissait d'un profit découlant d'un risque de caractère commercial, imposable comme revenu d'entreprise. L'appellant a, avec succès, interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt [[1990] 1 C.T.C. 2133], qui a ordonné au ministre d'établir une nouvelle cotisation sur le fondement que le gain de 40 000 \$ était un gain en capital. Le nœud des motifs du juge de la Cour de l'impôt ressort du passage suivant [aux pages 2138 et 2139]:

Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que cette transaction ne possède pas les caractéristiques d'une entreprise commerciale. À mon avis, la preuve révèle clairement que l'appellant ne s'occupait pas ordinairement du commerce des valeurs mobilières. En outre, l'appellant n'a pas fait le commerce de la débenture visée. Il l'a simplement achetée de son émetteur pour ses valeurs inhérentes en matière sur le revenu [sic] et s'est prévalu de la clause de rachat à l'égard de l'émetteur qui n'entraînait virtuellement aucun risque pour lui. Il n'a pas traité la débenture de la même manière qu'une personne qui s'occupe ordinairement d'acheter et de vendre des débentures et d'autres titres. L'acquisition de la débenture n'avait pas pour but d'en tirer un revenu au sens où l'entendrait [sic] normalement des personnes qui s'occupent d'acheter et de vendre des débentures car en raison de la structure de la présente opération, c'était impossible depuis le début. En fait, la seule manière dont le détenteur de la débenture pouvait recouvrer une partie du prix d'achat initial de la débenture était de demander son rachat pour un montant inférieur au prix d'achat initial. Je conviens avec l'avocat de l'appellant qu'aucun bénéfice dans un sens commercial n'a été tiré de l'acquisition et de la vente de la débenture. En fait, si l'on ne tient pas compte des avantages d'un crédit d'impôt, le rachat de la débenture a entraîné une perte selon les principes commerciaux ordinaires parce que le coût d'acquisition de la débenture pour l'appellant (200 000 \$) dépassait le produit de ses dispositions (140 000 \$) lors du rachat de 60 000 \$.

Bref, en termes généraux, l'appellant n'a pas traité le titre comme un courtier ordinaire à l'égard d'un titre de cette nature pour tirer un profit de sa vente.

The Crown appealed from this decision to the Trial Division which allowed the appeal and restored the assessment. The Trial Judge said [at page 218]:

However, he dealt with the SRTC debenture in the same way that a trader in property of the same kind would ordinarily, in the sense that he did not retain the debenture to earn interest income. In fact, as soon as the debenture was paid in full, he requested immediate redemption. A trader in such debentures would also quickly realize on them so as to free-up the funds invested.

The SRTC debenture in question was never designed to be held by the purchaser any longer than was required to enable him to obtain the tax credit. Immediate redemption was the incentive and long time investment was never contemplated. Moreover, only a small portion of the funds paid by Loewen remained with Dynaflex. The final \$152,000 payment was held in trust by Loewen's solicitor to ensure that the funds would be available to him for the redemption. Thus, the final payment which represented the bulk of the purchase price was never in the hands of Dynaflex and could not have been invested in its operations.

In considering which of these two approaches is to be preferred it seems to me that it is important to bear certain fundamentals in mind.

In the first place, it is clear that the basis on which the appellant has been assessed is not that he is a trader or engaged in a business, in a broad sense, but rather that the profits from this transaction are to be treated as business profits because the transaction itself is "an adventure in the nature of trade" within the meaning of section 248 [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 66] of the Act. The profits from a trade or business are, of course, taxable on their own account and without recourse to any extended definition; the notion of an adventure in the nature of trade extends the reach of the charging sections to transactions which, although not carried out by a trader, are of the same kind as trading transactions. As was stated by Lord Radcliffe in *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*:<sup>2</sup>

The true question in such cases is whether the operations constitute an adventure of that kind, not whether they by themselves or they in conjunction with other operations, constitute the operator a person who carries on a trade.

<sup>2</sup> [1956] A.C. 14 (H.L.), at p. 38.

La Couronne a interjeté appel de cette décision à la Section de première instance, qui l'a accueilli et a rétabli la cotisation. Le juge de première instance s'est exprimé ainsi [à la page 218]:

Toutefois, il a disposé de la débenture donnant droit à un CIRS de la même manière qu'une personne faisant le commerce de valeurs semblables le ferait habituellement puisqu'il n'a pas conservé la débenture pour en tirer un revenu en intérêts. En fait, dès que la débenture a été payée intégralement, il en a demandé le rachat. Un négociant en telles débentures les réaliserait également rapidement de manière à libérer l'argent investi.

L'acquéreur n'a jamais eu l'intention de détenir la débenture donnant droit à un CIRS plus longtemps qu'il n'était nécessaire pour obtenir un crédit d'impôt. C'est le rachat immédiat qui l'a incité à acquérir la débenture, et le placement à long terme n'a jamais été envisagé. En outre, une petite partie seulement de l'argent versé par Loewen a été conservée par Dynaflex. Le paiement final de 152 000 \$ a été détenu en fiducie par le procureur de Loewen pour garantir l'argent du rachat. Ainsi, le paiement final, qui représentait la grande partie du prix d'achat, n'a jamais été entre les mains de Dynaflex et n'aurait pu être investi dans le cadre de ses activités.

Pour déterminer laquelle de ces deux conceptions doit prévaloir, il me semble important de tenir compte de certaines notions.

D'une part, il est évident que l'appelant n'a pas été imposé sur le fondement qu'il est commerçant ou qu'il exploite une entreprise, dans un sens général, mais parce que les profits qu'a rapportés l'opération doivent être traités comme des profits d'entreprise puisque l'opération en soi est «un risque de caractère commercial» au sens de l'article 248 [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 66] de la Loi. Les profits tirés d'un commerce ou d'une entreprise sont évidemment imposables en eux-mêmes sans qu'il soit nécessaire de recourir à une définition élargie; la notion de risque de caractère commercial étend la portée des articles qui créent une obligation fiscale à des opérations qui, bien qu'elles ne soient pas effectuées par un commerçant, sont d'une nature identiques aux opérations commerciales. Comme l'a indiqué lord Radcliffe dans l'arrêt *Edwards (Inspector of Taxes) v. Bairstow*:

[TRADUCTION] La véritable question dans de telles affaires est de savoir si les opérations constituent un risque de cette nature, et non si, d'elles-mêmes ou en conjonction avec d'autres opérations, elles font de l'auteur des opérations une personne qui exerce un commerce.

<sup>2</sup> [1956] A.C. 14 (H.L.), à la p. 38.

The point is of importance in the present case because a trader may, in the course of his business, enter into transactions which cannot possibly generate a profit by themselves but whose purpose is to benefit the business as a whole. A simple example would be the purchase by a merchant of goods to be given away as premiums with the purchase of his regular merchandise. That is no doubt a trading transaction but it is difficult to see how the purchase of something for the purpose of giving it away could qualify as an adventure in the nature of trade if it were carried out by a non-trader.

Secondly, a distinction is sometimes drawn in the cases between transactions which are to be treated as "investments" and those which are to be considered as "speculations". While that is frequently a useful way of looking at an income/capital gains problem, it is not an infallible test since the concepts of investment and speculation are not exhaustive of the universe of transactions by which people acquire things and subsequently dispose of them. In particular, things may also be bought or sold for consumption or for use. Thus, while a positive finding that a transaction was for speculation or for investment may be decisive as to whether it was or was not a trading transaction, an equivalent negative finding, i.e. that it was not one or the other of those things, cannot be so.

Clearly, in the present case, the appellant's purchase and later redemption of the debenture were not of the character of an investment. He admits as much:

The Appellant's purpose in purchasing the Debenture was to acquire a scientific research tax credit worth \$102,000. His only relationship with Dynaflex was the purchase of the Debenture. He had no interest in Dynaflex's operation other than receiving the tax credit. He did not know the nature of Dynaflex's business, and did not determine whether it could actually carry out its business. He did not investigate Dynaflex's solvency, he had no idea what sort of assets Dynaflex owned, and did not know what the floating charge contained in the Debenture would attach to. The Appellant never considered selling the Debenture to anyone else. From

En l'espèce, cet élément revêt une grande importance car un commerçant peut, dans le cadre de son entreprise, effectuer des opérations qui, d'elles-mêmes, ne peuvent rapporter un profit, mais qui visent à profiter à l'entreprise en général. Un exemple simple serait l'achat, par un marchand, de biens qu'il distribue comme prime aux acheteurs de ses marchandises ordinaires. Il s'agit sans aucun doute là d'une opération commerciale, mais on peut difficilement concevoir comment l'achat d'un bien en vue de le donner ensuite pourrait constituer un risque de caractère commercial s'il était effectué par une personne non commerçante.

D'autre part, la jurisprudence établit à l'occasion une distinction entre les opérations qui doivent être traitées comme un «placement» et celles qui doivent être considérées comme une «spéculation». Certes, il s'agit là d'une façon utile de cerner la question de savoir s'il s'agit d'un revenu ou d'un gain en capital, mais ce n'est pas un critère infallible puisque les notions de placement et de spéculation ne sont pas uniques dans l'univers des opérations par lesquelles on achète des biens pour s'en défaire subséquemment. En particulier, les biens peuvent également être achetés ou vendus à des fins de consommation ou d'utilisation. Donc, bien qu'une conclusion favorable selon laquelle une opération visait à spéculer ou à effectuer un placement peut être déterminante quant à savoir s'il s'agissait d'une opération commerciale ou non, il n'en est rien de la conclusion défavorable équivalente portant que l'opération ne visait à faire ni l'un ni l'autre.

Manifestement, dans l'affaire qui nous occupe, l'achat et le rachat subséquent de la débenture par l'appelant ne relevait pas du placement. L'appelant l'admet:

[TRADUCTION] En achetant la débenture, l'appelant souhaitait obtenir un crédit d'impôt pour la recherche scientifique de 102 000 \$. Son seul lien avec Dynaflex s'est résumé à l'achat de la débenture. Il n'avait d'autre intérêt dans l'exploitation de Dynaflex que de recevoir le crédit d'impôt. Il ne connaissait pas la nature de l'entreprise de Dynaflex, ni n'a déterminé si elle pouvait effectivement exploiter son entreprise. Il ne s'est pas renseigné sur sa solvabilité, ni ne connaissait la nature des biens dont Dynaflex était propriétaire, ou de ceux auxquels se rapporterait la charge flottante prévue dans la débenture. L'appelant n'a jamais eu l'intention de vendre la débenture à une

the moment he purchased it, he intended to redeem it. [Appellant's memorandum of fact and law, at page 6.]

That, however, leaves open the question as to whether there was an adventure in the nature of trade. <sup>a</sup>

Next, it is settled law that an intention to make a profit from a transaction is not a prerequisite to a finding that such transaction is an adventure in the nature of trade. In the leading case of *M.N.R. v. J. A. Taylor*,<sup>3</sup> Thorson P., after an exhaustive review of the cases, said [at pages 211-212]:

And a transaction may be an adventure in the nature of trade although the person entering upon it did so without any intention to sell its subject matter at a profit. The intention to sell the purchased property at a profit is not of itself a test of whether the profit is subject to tax for the intention to make a profit may be just as much the purpose of an investment transaction as of a trading one. Such intention may well be an important factor in determining that a transaction was an adventure in the nature of trade but its presence is not an essential prerequisite to such a determination and its absence does not negative the idea of an adventure in the nature of trade. The considerations prompting the transaction may be of such a business nature as to invest it with the character of an adventure in the nature of trade even without any intention of making a profit on the sale of the purchased commodity. <sup>c</sup>

In the same case, Thorson P. laid down a number of specific guidelines for determining when there is an adventure in the nature of trade. The first, and in my view the most important, was stated by him as follows [at page 214]:

But there are some specific guides. One of these is that if the transaction is of the same kind and carried on in the same way as a transaction of an ordinary trader or dealer in property of the same kind as the subject matter of the transaction it may fairly be called an adventure in the nature of trade. . . . Put more simply, it may be said that if a person deals with the commodity purchased by him in the same way as a dealer in it would ordinarily do such a dealing is a trading adventure. <sup>e</sup>

This brings us back to the conflicting views expressed in the Tax Court and in the Trial Division in the present case and already quoted above. If I understand them correctly, the Tax Court Judge was of the view that this could not be a trading transaction because, apart from its tax consequences, it could not generate a profit. The Trial Judge, on the other hand, <sup>i</sup>

<sup>3</sup> [1956] C.T.C. 189 (Ex. Ct.).

autre personne. Dès qu'il l'a achetée, il avait l'intention de la racheter. [Exposé des faits et du droit de l'appelant, à la page 6.]

Cela, toutefois, laisse ouverte la question de savoir s'il y a eu un risque de caractère commercial. <sup>a</sup>

Par ailleurs, il est établi en droit que l'intention de tirer un profit d'une opération n'est pas nécessaire pour conclure qu'une telle opération est un risque de caractère commercial. Dans l'arrêt de principe *M.N.R. v. J. A. Taylor*<sup>3</sup>, le président Thorson, après avoir soigneusement passé en revue la jurisprudence, a indiqué ceci [aux pages 211 et 212]:

[TRADUCTION] Une transaction peut être une initiative de caractère commercial même si la personne qui l'a conclue n'avait nullement l'intention de revendre l'objet de la transaction avec profit. L'intention de vendre à profit le bien acheté n'est pas en soi un critère pour déterminer si le profit est imposable car l'intention de faire un profit peut être tout aussi bien le but d'une transaction d'investissement que d'une transaction commerciale. L'intention peut être un élément important lorsqu'il s'agit de déterminer si la transaction a été une initiative de caractère commercial, mais elle n'est pas une condition préalable essentielle, et la transaction peut être de caractère commercial même en l'absence de toute intention. Les motifs à l'origine de la transaction peuvent être d'une nature commerciale telle qu'ils lui donnent l'aspect d'une initiative d'un caractère commercial même en l'absence de toute intention de réaliser un profit sur la vente de l'article acheté. <sup>c</sup>

Dans la même affaire, le président Thorson a posé quelques directives précises permettant de déterminer les cas où il y a un risque de caractère commercial. La première, et à mon avis, la plus importante, a été exposée ainsi [à la page 214]:

[TRADUCTION] Mais il existe quelques normes spécifiques. Une de celles-ci veut que si l'opération est de la même nature et conduite de la même façon qu'une transaction effectuée par un commerçant ou un négociant ordinaire de biens du même genre que l'objet de l'opération, elle peut à juste titre être qualifiée d'initiative d'un caractère commercial. . . . On pourrait dire tout simplement qu'une personne qui dispose d'un article qu'elle a acheté tout comme le ferait un marchand s'engage dans une initiative d'un caractère commercial. <sup>e</sup>

Ce qui nous ramène aux opinions opposées, citées ci-dessus, qu'ont exprimées la Cour de l'impôt et la Section de première instance dans la présente affaire. Si je comprends bien, le juge de la Cour de l'impôt était d'avis qu'il ne pouvait s'agir en l'espèce d'une opération commerciale puisque, à l'exception de ses conséquences fiscales, celle-ci ne pouvait rapporter <sup>i</sup>

<sup>3</sup> [1956] C.T.C. 189 (C. de l'É.).

came to the opposite conclusion because the appellant had disposed of the debenture, once it had served its tax credit purpose, as quickly as possible and in the same manner as would a trader.

In order to resolve the conflict, it is necessary, in my view, first to ask oneself whether tax considerations, and more particularly an anticipated tax advantage, can properly be determinative of whether or not any given transaction is a trading operation. In my view, they cannot. While the saving of taxes is clearly an important consideration in the conduct of any modern business, I do not think it can properly be said that a transaction whose sole purpose is to reduce the tax otherwise payable by a taxpayer is, for that reason alone, an adventure in the nature of trade. In the recent case of *Moloney (M.) v. Canada*,<sup>4</sup> this Court was faced with the opposite side of the income/capital gains coin, namely whether a taxpayer could deduct as business expenses the costs incurred in a scheme the whole purpose of which was to obtain refunds of tax. In dismissing the taxpayer's appeal, we said [at pages 227-228]:

While it is trite law that a taxpayer may so arrange his business as to attract the least possible tax (see *Duke of Westminster's* case, [1936] A.C. 1), it is equally clear in our view that the reduction of his own tax cannot by itself be a taxpayer's business for the purpose of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (am. S.C. 1970-71-72, c. 63) (the "Act"). To put the matter another way, for an activity to qualify as a "business" the expenses of which are deductible under paragraph 18(1)(a), it must not only be one engaged in by the taxpayer with a reasonable expectation of profit, but that profit must be anticipated to flow from the activity itself rather than exclusively from the provisions of the taxing statute. [Emphasis added.]

This conclusion is consistent with authority. In *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,<sup>5</sup> the House of Lords had to deal with a forward stripping operation, the success of which was dependent upon the taxpayer being able to treat as a trading loss the sale of shares the value of which had been

un profit. Pour sa part, le juge de première instance en est venu à la conclusion opposée parce que l'appellant a, aussi rapidement que possible et de la même manière que l'aurait fait un commerçant, vendu la débenture après que celle-ci lui eut permis d'obtenir un crédit d'impôt.

Pour résoudre le conflit, il est à mon avis nécessaire de se demander en premier lieu si les considérations d'ordre fiscal, et plus particulièrement l'avantage fiscal envisagé, peuvent à bon droit permettre de trancher la question de savoir si une opération donnée est commerciale. À mon avis, ce n'est pas le cas. Bien que le dégrèvement d'impôt soit manifestement un facteur important dans l'exploitation de toute entreprise moderne, je ne crois pas que l'on puisse à bon droit soutenir que l'opération dont le seul but est de réduire l'impôt par ailleurs payable par un contribuable est, pour cette seule raison, un risque de caractère commercial. Dans l'affaire récente *Moloney (M.) c. Canada*,<sup>4</sup> notre Cour a dû examiner le revers de la médaille revenu/gains en capital, soit la question de savoir si un contribuable pouvait éduire au titre de dépenses d'entreprise les coûts engagés dans un stratagème ayant pour seul objet d'obtenir des remboursements d'impôt. En rejetant l'appel du contribuable, nous avons dit [aux pages 227 et 228]:

Il est un principe élémentaire du droit que les contribuables peuvent structurer leurs affaires de manière à être assujettis au minimum d'impôt (voir *Duke of Westminster's*, [1936] A.C. 1); toutefois, il est tout aussi évident à notre avis que, pour les contribuables, la réduction de leurs propres impôts ne peut en soi constituer une entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63) (la «Loi»). En d'autres termes, pour qu'une activité soit reconnue comme une «entreprise» dont les dépenses sont déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a), non seulement le contribuable doit-il s'y adonner avec une expectative raisonnable de profit, mais aussi faut-il s'attendre à ce que le profit en question découle de l'activité elle-même et non pas exclusivement des dispositions de la loi fiscale. [Non souligné dans l'original.]

Cette conclusion est conforme à la jurisprudence. Dans l'arrêt *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,<sup>5</sup> la Chambre des lords a dû examiner une opération de dépouillement interne, dont le succès dépendait de la possibilité pour le contribuable de traiter comme une perte d'entreprise la vente d'ac-

<sup>4</sup> [1992] 2 C.T.C. 227 (F.C.A.).

<sup>5</sup> [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.).

<sup>4</sup> [1992] 2 C.T.C. 227 (C.A.F.).

<sup>5</sup> [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.).

reduced below their cost to the taxpayer by virtue of the latter having, in the interim, taken from the company, by way of dividend, its large accumulated surplus. While the question is not identical to the one facing us here, the following passage from the speech of Lord Morris is instructive (at page 112):

A consideration of the transactions now under review leads me to the opinion that they were in no way characteristic of, nor did they possess, the ordinary features of the trade of share dealing. The various shares which were acquired ought not to be regarded as having become part of the stock-in-trade of the company. They were not acquired for the purpose of dealing with them. In no ordinary sense were they current assets. For the purposes of carrying out the scheme which was devised the shares were to be and had to be retained. The arguments before your lordships depended mainly on the submission by the Crown that the shares were acquired for a period of five years as part of the capital structure of the company from which an income would be earned and, on the other hand, on the submission of the company that they were acquired as part of their stock-in-trade.

In my opinion neither argument is correct. For the reasons which I have already given this transaction on its particular facts was not, within the definition of s. 526, "an adventure or concern in the nature of trade" at all. It was a wholly artificial device remote from trade to secure a tax advantage. [Emphasis added.]

The same Judge in *FA & AB Ltd v. Lupton (Inspector of Taxes)*,<sup>6</sup> a case involving a very similar transaction, said (at page 952):

Deriving such help as a consideration of other cases may yield—the question for decision will be whether the particular transaction under review can and should be regarded as a trading transaction within the course of the trade of a dealer in shares.

This enquiry may or may not involve or necessitate a consideration of the profitability of a transaction or of the tax results of a transaction. One trading transaction may result in a profit. Another may result in a loss. If each of these, fairly judged, is undoubtedly a trading transaction its nature is not altered according to whether from a financial point of view it works out favourably or unfavourably. Nor is such a transaction altered in its nature according to how the revenue laws determine the tax position which results from the financial position. [Emphasis added.]

This brings me back to the questions posed at the beginning of these reasons. In my view, and while, as indicated, an intention to make a profit is not essen-

<sup>6</sup> [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.).

tions dont la valeur avait été réduite sous leur coût d'acquisition pour le contribuable du fait que ce dernier avait entre-temps obtenu de la compagnie, par voie de dividendes, l'important surplus accumulé de cette dernière. Bien que la question ne soit pas identique à celle dont nous sommes saisis, le passage suivant des propos de lord Morris nous renseigne à ce sujet (à la page 112):

[TRADUCTION] L'examen des opérations contestées me convainc qu'elles ne sont d'aucune façon caractéristiques des opérations portant sur des actions et qu'elles n'en possèdent pas les caractéristiques ordinaires. Les diverses actions qui ont été acquises ne doivent pas être considérées comme si elles étaient devenues une part du stock de la société. Elles n'ont pas été acquises dans le but d'en faire le commerce. Il ne s'agissait nullement d'actifs courants. Aux fins de la combine élaborée, les actions devaient être conservées. Les arguments présentés devant vos Seigneuries dépendaient principalement de l'argument du ministère public selon lequel les actions avaient été acquises pour une période de cinq ans à titre de partie du capital de la société duquel un revenu serait tiré et, par ailleurs, de l'argument de la société selon lequel elles avaient été acquises à titre de partie de leur stock.

À mon avis, aucun argument n'est fondé. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, et compte tenu de son contexte, l'opération en l'espèce ne constituait en rien, au sens de la définition de l'article 526, «un risque ou une affaire de caractère commercial». Il s'agissait d'un stratagème tout à fait artificiel et étranger au commerce visant à obtenir un avantage fiscal. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *FA & AB Ltd v. Lupton (Inspector of Taxes)*<sup>6</sup>, où il était question d'une opération très semblable, le même juge a dit (à la page 952):

[TRADUCTION] Compte tenu de ce que l'on peut puiser de l'examen d'autres affaires, la question sera de savoir si l'opération donnée peut et devrait être considérée comme une opération commerciale effectuée dans le cadre du commerce d'un négociant en titres.

Cette analyse peut ou non entraîner ou nécessiter l'examen de la rentabilité d'une opération ou de ses conséquences sur le plan fiscal. Une opération commerciale peut rapporter un profit alors qu'une autre peut entraîner une perte. Si chacune d'elles, jugée impartialement, est sans doute une opération commerciale, sa nature n'est pas modifiée du fait que, du point de vue financier, elle entraîne un résultat favorable ou défavorable. Elle ne l'est pas non plus en fonction de la manière dont les lois fiscales déterminent la position fiscale qui découle de la position financière. [Non souligné dans l'original.]

Ces commentaires me ramènent aux questions posées au début de mes motifs. À mon avis, et bien que, comme il a été indiqué, l'intention de réaliser un

<sup>6</sup> [1971] 3 All E.R. 948 (H.L.).

tial in order for a transaction to be characterized as an adventure in the nature of trade, such transaction must be one from which it is possible to derive a profit in a commercial sense. Trade necessarily implies at least the possibility of profit. Not surprisingly perhaps, there are no cases dealing directly with the question since it is unusual, to say the least, to find an unprofitable transaction attracting tax as an adventure in the nature of trade. That it should do so in the present case results solely as a consequence of the reduction which subsection 127.3(6) deems to take place in the cost of acquisition of an SRTC instrument.

In all the reported cases that I have seen dealing with adventures in the nature of trade the taxpayer had actually made a profit on the transaction and it was that profit which had triggered the interest of the fisc. The nearest parallel to the present case is the decision in *Moloney, supra*, where there was no profit, but a purported expense incurred in connection with a tax avoidance scheme was disallowed.

In all the other cases on the point, however, the Court, in deciding whether a transaction is an adventure in the nature of trade, has clearly assumed that such transaction must be one which could produce a profit. Thus, by way of example, in the leading and often quoted case of *Californian Copper Syndicate v. Harris*,<sup>7</sup> the test was said to be "is it a gain made in an operation of business in carrying out a scheme for profit-making?"<sup>8</sup> Likewise, in the earlier case of *Grainger & Son v. Gough*,<sup>9</sup> Lord Davey said (at pages 345-346):

Trade in its largest sense is the business of selling, with a view to profit, goods which the trader has either manufactured or himself purchased. [Emphasis added.]

Earlier still in *Erichsen v. Last*,<sup>10</sup> Cotton, L.J. said (at page 420):

... in my opinion when a person habitually does and contracts to do a thing capable of producing profit, and for the purpose

<sup>7</sup> (1904), 5 T.C. 159, at p. 166.

<sup>8</sup> Emphasis added.

<sup>9</sup> [1896] A.C. 325 (H.L.).

<sup>10</sup> (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

profit ne soit pas essentielle pour qualifier une opération de risque de caractère commercial, il doit être possible de tirer d'une telle opération un profit au sens commercial. Le commerce implique nécessairement à tout le moins une possibilité de profit. Peut-être n'est-il guère surprenant qu'aucune jurisprudence ne porte directement sur la question puisqu'il est inhabituel, c'est le moins que l'on puisse dire, de trouver une opération qui, non rentable, engendre une obligation fiscale parce qu'elle constitue un risque de caractère commercial. Qu'elle ait cette incidence en l'espèce est dû uniquement à la réduction que présume le paragraphe 127.3(6) relativement au coût d'acquisition d'un titre donnant droit à un CIRS.

Dans toutes les affaires publiées que j'ai lues et qui portaient sur les risques de caractère commercial, le contribuable avait effectivement réalisé un profit grâce à l'opération et c'est ce profit qui avait suscité l'intérêt du fisc. L'arrêt qui se rapproche le plus de l'espèce est l'arrêt *Moloney*, précité, où il n'y a pas eu de profit, mais où une dépense apparemment engagée en relation avec un mécanisme d'évitement fiscal a été refusée.

Dans toutes les autres affaires portant sur le sujet, toutefois, la Cour, en décidant si une opération est un risque de caractère commercial, a clairement tenu pour établi qu'une telle opération doit pouvoir rapporter un profit. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt de principe fréquemment cité *Californian Copper Syndicate v. Harris*<sup>7</sup>, on a exposé le critère dans ces termes: [TRADUCTION] «s'agit-il d'un gain qui a été réalisé au cours d'une affaire à but lucratif?»<sup>8</sup> De même, dans l'arrêt plus ancien *Grainger & Son v. Gough*<sup>9</sup>, lord Davey a dit (aux pages 345 et 346):

[TRADUCTION] Dans son sens le plus général, le commerce est l'entreprise de vendre, dans le but de réaliser un profit, des marchandises que le commerçant a fabriquées ou lui-même achetées. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt encore plus ancien *Erichsen v. Last*<sup>10</sup>, le lord juge Cotton a dit (à la page 420):

[TRADUCTION] ... à mon avis, lorsqu'une personne fait et s'engage à faire ordinairement une chose susceptible de rapporter

<sup>7</sup> (1904), 5 T.C. 159, à la p. 166.

<sup>8</sup> C'est moi qui souligne.

<sup>9</sup> [1896] A.C. 325 (H.L.).

<sup>10</sup> (1881), 8 Q.B.D. 414 (C.A.).

of producing profit, he carries on a trade or business. [Emphasis added.]

The profit must also, in my view, be a commercial one. Or to put the matter another way, a purely notional profit cannot serve to turn an otherwise unprofitable transaction into an adventure in the nature of trade. The test being whether the transaction is of the same kind and carried on in the same way as one which a trader would normally enter into, it seems evident to me that no trader who expected to stay in business would enter into transactions which were capable of producing only fictitious profits.

Accordingly, while the appellant's cost of acquisition of the debenture is deemed for tax purposes to be reduced to \$100,000, that is a fiction: his real cost remains \$200,000 and the fictionally reduced cost cannot be used to attribute to the transaction itself a profit-making capability which it does not have in reality.

The test for an adventure in the nature of trade is an objective one based upon the standard of the "ordinary trader or dealer." If the *Income Tax Act* is to deem a transaction to produce a notional profit, that profit must not be treated as real for the purposes of applying the test. In the context of the present case that means that the question to be asked must be whether such a purely notional profit would serve to induce a trader to enter into the transaction. In my view, it is clear that it would not. The real and only inducement here was the tax credit but that, as we have seen, cannot serve to turn the transaction into an adventure in the nature of trade.

I conclude, therefore, as did the Tax Court Judge, that the appellant's purchase and subsequent redemption of the SRTC debenture was not an adventure in the nature of trade and that his deemed gain therefrom should be treated as a capital gain and not as income.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division and restore the judgment of the Tax Court with costs throughout.

MCDONALD J.A.: I agree.

un profit, en vue de réaliser un profit, elle exploite un commerce ou une entreprise. [Non souligné dans l'original.]

À mon sens, le profit doit en outre être commercial. Ou en d'autres termes, le profit purement fictif ne peut servir à transformer une opération par ailleurs non rentable en un risque de caractère commercial. Le critère étant de savoir si l'opération est de la même nature et exploitée de la même façon que celle qu'effectuerait ordinairement un commerçant, il me semble évident qu'aucun commerçant souhaitant demeurer en affaires effectuerait des opérations susceptibles de produire des profits fictifs uniquement.

Aussi, bien que le coût d'acquisition de la débenture pour l'appelant soit présumé, à des fins fiscales, être réduit à 100 000 \$, il s'agit là d'une fiction: son coût réel demeure 200 000 \$, et le coût réduit artificiellement ne peut être utilisé pour attribuer à l'opération elle-même une capacité de produire un profit qu'en réalité elle ne possède pas.

En matière de risque de caractère commercial, le critère est objectif et il est fondé sur la norme du «commerçant ou négociant ordinaire». Si la *Loi de l'impôt sur le revenu* doit présumer qu'une opération produit un profit fictif, ce profit ne doit pas être considéré comme réel aux fins d'application du critère. Dans le contexte de la présente affaire, cela signifie que la question doit être celle de savoir si ce profit purement fictif servirait à inciter un commerçant à effectuer l'opération. À mon avis, il est clair qu'il n'en serait rien. La seule motivation réelle en l'espèce était le crédit d'impôt. Or, comme nous l'avons vu, cela ne peut servir à transformer l'opération en un risque de caractère commercial.

Je conclus par conséquent, comme l'a fait le juge de la Cour de l'impôt, que l'achat par l'appelant et le rachat subséquent de la débenture donnant droit à un CIRS n'était pas un risque de caractère commercial et que le gain présumé qu'il en a tiré devrait être traité comme un gain en capital et non comme un revenu.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Section de première instance et je rétablirais le jugement de la Cour de l'impôt avec frais dans toutes les cours.

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



IMM-3365-93

IMM-3365-93

**Murugadas Thamothersampillai** (*Applicant*)**Murugadas Thamothersampillai** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)<sup>a</sup> **Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(*intimé*)*INDEXED AS: THAMOTHARAMPILLAI v. CANADA (MINISTER OF  
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*<sup>b</sup> *RÉPERTORIÉ: THAMOTHARAMPILLAI c. CANADA (MINISTRE DE  
L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Gibson J.—Toronto, April 13; Ottawa,  
April 22, 1994.Section de première instance, juge Gibson—Toronto,  
13 avril; Ottawa, 22 avril 1994.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Con-  
vention refugees — Application to review CRDD decision  
applicant excluded from application of United Nations Con-  
vention Relating to the Status of Refugees as person guilty of  
acts contrary to purposes, principles of United Nations —  
Applicant, Tamil from Sri Lanka, convicted in Canada of con-  
spiracy to traffic in heroin — CRDD holding fight against nar-  
cotics trafficking one of purposes of UN — Application dis-  
missed — CRDD's construction of exclusion clause in  
Convention most agreeable to justice and reason — Crime of  
which applicant convicted having serious international impli-  
cations — Constituting element of international criminal activ-  
ity against which UN undertaking significant initiatives within  
its purpose, principles — Having potentially fearful social, cul-  
tural, humanitarian, economic repercussions.*

<sup>c</sup> *Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés  
au sens de la Convention — Demande de contrôle judiciaire de  
la décision de la section du statut de réfugié (SSR), selon  
laquelle le requérant était exclu de l'application de la Con-  
vention des Nations Unies relative au statut des réfugiés parce  
qu'il s'était rendu coupable d'agissements contraires aux buts  
et aux principes des Nations Unies — Le requérant, un Tamoul  
originaire du Sri Lanka, a été reconnu coupable au Canada  
d'avoir comploté pour faire le trafic de l'héroïne — La SSR a  
considéré que la lutte contre le trafic des stupéfiants était l'un  
des buts des Nations Unies — Demande rejetée — L'interpré-  
tation donnée par la SSR à la clause d'exclusion comprise  
dans la Convention est la plus conforme à la justice et à la  
raison — Le crime pour lequel le requérant a été condamné  
pouvait avoir des répercussions internationales importantes —  
Élément de l'activité criminelle internationale contre laquelle  
les Nations Unies ont pris des initiatives importantes dans le  
cadre de leurs buts et de leurs principes — Pouvait avoir des  
répercussions sociales, culturelles, humaines et économiques  
terribles.*

*International law — Interpretation of United Nations Con-  
vention Relating to the Status of Refugees, Art. 1(F)(c) exclud-  
ing from application of Convention persons reasonable to con-  
sider guilty of acts contrary to purposes, principles of United  
Nations — No error in CRDD decision applicant, convicted of  
conspiracy to traffic in narcotics, within exclusion clause —  
Applicant's crime part of international scheme, having reper-  
cussions beyond borders of Canada — Convention construed  
in manner most agreeable to justice, reason in circumstances.*

<sup>d</sup> *Droit international — Interprétation de l'art. 1(Fc) de la  
Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés,  
qui exclut de l'application de la Convention les personnes dont  
on a une raison sérieuse de penser qu'elles se sont rendues  
coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes  
des Nations Unies — La décision de la SSR d'appliquer la  
clause d'exclusion n'est pas erronée, le requérant ayant été  
reconnu coupable d'avoir comploté pour faire le trafic des stu-  
péfiants — Le crime du requérant faisait partie d'un plan  
international et avait des répercussions au-delà des frontières  
du Canada — L'interprétation donnée à la Convention est  
celle qui est la plus conforme à la justice et à la raison dans  
les circonstances.*

This was an application for judicial review of a decision of  
the Convention and Refugee Determination Division (CRDD)  
that the applicant was not a Convention refugee because he fell  
within the exclusion clause found in the *United Nations Con-  
vention Relating to the Status of Refugees*, section F(c) of Arti-  
cle 1. That clause provides that the Convention shall not apply  
to any person with respect to whom there are serious reasons  
for considering that he has been guilty of acts contrary to the  
principles and purposes of the United Nations. The applicant

<sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup> *Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision  
qu'a rendue la section du statut de réfugié (SSR), qui a statué  
que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention,  
pour le motif que la clause d'exclusion de la Convention des  
Nations Unies relative au statut des réfugiés, soit la section Fc)  
de l'article premier, s'applique à lui. Cette clause d'exclusion  
prévoit que la Convention ne s'applique pas aux personnes  
dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles se sont ren-  
dus coupables d'agissements contraires aux buts et aux prin-*

pleaded guilty to conspiring to traffic in a narcotic (heroin). A report was prepared against him under the *Immigration Act*, section 27. At his deportation hearing he claimed Convention refugee status. Although the CRDD found that he had a well-founded fear of persecution if he were required to return to Sri Lanka by reason of his nationality, political opinion and membership in a particular social group, and that he did not have an internal flight alternative, it found that the applicant was not a Convention refugee because section F(c) of Article 1 of the Convention excluded him from the operation of the Convention. The CRDD held that the fight against illegal traffic of narcotics was one of the purposes of the United Nations.

The issue was whether the CRDD erred in law in preferring a broad interpretation of section F(c) of Article 1 of the Convention to the more restrictive interpretation suggested in the UNHCR Handbook

*Held*, the application should be dismissed.

The crime committed by the applicant bore no relationship to the "aftermath of Second World War atrocities", said to underlie the intention of the signatories of the Convention to preserve a wide power of exclusion from refugee status of perpetrators of international crimes. Nonetheless, it was a crime with international implications. Heroin is not a locally produced narcotic. The crime in question was one against which the U.N. has initiated, coordinated and undertaken a range of international initiatives equivalent to or greater than the fight against hijacking and hostage-taking.

The CRDD did not err in concluding that the applicant was excluded from Convention refugee status. It adopted the construction of section F(c) of Article 1 of the Convention most agreeable to justice and reason in all of the circumstances. The applicant's crime had, within Canada, potentially fearful social, cultural, humanitarian and economic repercussions. As part of an international scheme, those repercussions extended beyond the borders of Canada.

There was no need to certify a question relating to whether the CRDD should adopt a restrictive or liberal interpretation of Convention, section F(c) of Article 1 as the *Ramirez* and *Moreno* decisions answered the question on the facts of this case. Likewise, the facts of this case were not appropriate for certification of a question regarding the circumstances in which a crime committed within Canada should be considered of such a nature as to warrant the application of section F(c) of Article 1 of the Convention.

cipes des Nations Unies. Le requérant a plaidé coupable à l'accusation d'avoir comploté pour faire le trafic d'un stupéfiant (l'héroïne). Un rapport a été préparé contre lui, en vertu de l'article 27 de la *Loi sur l'immigration*. À l'audience tenue pour décider de son expulsion, il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Bien que la SSR ait conclu que le requérant avait une crainte bien fondée que, s'il devait retourner au Sri Lanka, il serait persécuté pour le motif de sa nationalité, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social, et, bien qu'elle ait aussi déterminé que le requérant n'avait pas de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, elle a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, pour le motif qu'il est une personne à qui la Convention ne s'applique pas en raison de la section Fc) de l'article premier de la Convention. La SSR a considéré que la lutte au trafic des stupéfiants est l'un des buts des Nations Unies.

La question en litige consistait à déterminer si la section avait commis une erreur de droit en choisissant de donner l'interprétation large et libérale qu'elle a donnée à la section Fc) de l'article premier de la Convention plutôt que l'interprétation plus restrictive suggérée par le Guide publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Bien que le crime commis en l'espèce par le requérant n'ait rien à voir avec les «atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale», que l'on a affirmé être sous-jacentes aux intentions des États signataires de la Convention de se réserver un vaste pouvoir d'exclusion du statut de réfugié à l'égard des auteurs de crimes internationaux, ce crime n'en avait pas moins une incidence internationale. L'héroïne n'est pas un stupéfiant produit au Canada. Le crime en question est un crime contre lequel les Nations Unies ont pris, coordonné et exécuté diverses initiatives internationales au moins aussi importantes que celles prises contre les détournements d'avion et les prises d'otages.

La SSR ne s'est pas trompée en concluant que le requérant ne pouvait pas bénéficier du statut de réfugié au sens de la Convention. Elle a adopté l'interprétation de la section Fc) de l'article premier de la Convention qui est la plus conforme à la justice et à la raison dans les circonstances. Le crime du requérant pouvait avoir au Canada des repercussions sociales, culturelles, humaines et économiques terribles, et, ce crime faisant partie d'un plan international, ses repercussions s'étendaient au-delà des frontières du Canada.

Aucune question n'a été certifiée quant à savoir si la section devrait adopter une interprétation restrictive ou une interprétation large ou libérale de la section Fc) de l'article premier de la Convention, étant donné que les arrêts *Ramirez* et *Moreno* ont déjà répondu à cette question. Par ailleurs, les faits de l'espèce ne se prêtaient pas à la certification d'une question concernant les circonstances dans lesquelles un crime commis au Canada devrait être considéré comme étant d'une nature telle qu'il nécessite l'application de la section Fc) de l'article premier de la Convention.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4), Sch. (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1, s. F.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.);  
*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.);  
*Pushpanathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, IMM-240-93, McKeown J., order dated 3/9/93, F.C.T.D., not yet reported.

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321.

## AUTHORS CITED

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.  
 Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.  
 United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1988.

APPLICATION for judicial review of a CRDD decision that the applicant, convicted in Canada of conspiring to traffic in narcotics, was excluded from the application of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* by section F(c) of Article 1 thereof, relating to persons guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. Application dismissed.

## COUNSEL:

Mohamed M. Kamaluddin for applicant.  
 Mark M. Persaud for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can n° 6, art. 1, section F.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4), annexe (éditée par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 34).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 159 N.R. 210 (C.A.);  
*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.);  
*Pushpanathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, IMM-240-93, juge McKeown, ordonnance en date du 3-9-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

## DÉCISION CITÉE:

*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321.

## DOCTRINE

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966.  
 Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.  
 Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, septembre 1979.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la SSR, qui a statué que le requérant, reconnu coupable au Canada d'avoir comploté pour faire le trafic des stupéfiants, est exclu de l'application de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, en vertu de la section Fc) de l'article premier de la Convention, qui a trait aux personnes qui se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Demande rejetée.

## AVOCATS:

Mohamed M. Kamaluddin pour le requérant.  
 Mark M. Persaud pour l'intimé.

## SOLICITORS:

*Mohamed M. Kamaluddin*, Scarborough, Ontario, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

GIBSON J.: This is an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (the "CRDD") of the Immigration and Refugee Board dated the June 9, 1993, wherein the CRDD determined the applicant not to be a Convention refugee within the meaning of the *Immigration Act*,<sup>1</sup> by reason of the fact that the applicant is a person to whom the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the "Convention") does not apply pursuant to section F of Article 1 of the Convention. Section F of Article 1 of the Convention is set out in the Schedule to the *Immigration Act* [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 34] and reads as follows:

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

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

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

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

The applicant is a young Tamil male from Jaffna in the northern part of Sri Lanka. He bases his claim to Convention refugee status on an alleged well-founded fear of persecution if he is required to return to Sri Lanka on the basis of his race, religion, nationality, political opinion and membership in a particular social group.

The facts may be briefly stated as follows.

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

## PROCUREURS:

*Mohamed M. Kamaluddin*, Scarborough (Ontario), pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE GIBSON: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 9 juin 1993 par la section du statut de réfugié (la «SSR») de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a déterminé que le requérant n'est pas, aux termes de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup>, un réfugié au sens de la Convention, pour le motif qu'il est une personne à l'égard de laquelle la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la «Convention») ne s'applique pas, en raison de la section F de l'article premier de la Convention. Cette section de la Convention est retranscrite à l'annexe de la *Loi sur l'immigration* [éditée par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 34] et elle est rédigée de la façon suivante:

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

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

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

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Le requérant est un jeune Tamoul de Jaffna, ville du nord du Sri Lanka. Il appuie sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention sur la crainte bien fondée qu'il allègue avoir d'être persécuté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social particulier, s'il devait retourner au Sri Lanka.

Les faits peuvent être résumés de la façon suivante.

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

The applicant was a victim of abuse at the hands of both the police and the military while in his home region, the northern part of Sri Lanka. In an effort to avoid abuse and to start a new life for himself, he moved to Colombo. He was there abused by the police. While he fears persecution by the police and the military if he is required to return to Sri Lanka, he further alleges a well-founded fear of persecution at the hands of the Tamil Tigers.

The applicant fled Sri Lanka and came to Canada in 1984. He was deemed to be a Convention refugee by the relevant Minister of the Government of Canada in February of 1985. He obtained landed status in Canada on November 26, 1986. On August 30, 1990, he was convicted of conspiracy to traffic in a narcotic and sentenced to three years' imprisonment. As a result, a report was prepared against him under section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4] of the *Immigration Act*. At his deportation hearing, a conditional deportation order was issued. He once again claimed Convention refugee status.

It is against this background that the matter came before the CRDD.

The CRDD had before it reasons of the sentencing Judge in respect of the conviction of the applicant for conspiracy to traffic in a narcotic within Canada. Although those reasons are only obliquely referred to by the CRDD in its reasons for decision, I consider them to be important in this judicial review of the CRDD's decision. The reasons of the sentencing Judge read in part as follows:

Three of the four accused<sup>2</sup> present at this proceeding have pleaded guilty to a count of conspiracy to traffic in heroin. The fourth accused has pleaded guilty to possession of the proceeds of crime. The proceeds of crime in his case consisted of the money involved in the sale of some heroin to an undercover police officer.

With varying degrees of involvement, each accused on the heroin conspiracy count has pleaded guilty to a crime which involved, from my overall perspective, a criminal scheme to traffic in a very substantial quantity of that deadly poisonous

Le requérant a été agressé à la fois par les policiers et par les militaires lorsqu'il était dans sa région de résidence habituelle, la partie nord du Sri Lanka. Il est déménagé à Colombo afin d'éviter d'autres agressions et d'entreprendre une nouvelle vie. Il y a été agressé par la police. Il craint d'être persécuté par les policiers et par les militaires s'il est forcé de retourner au Sri Lanka, et il allègue de plus qu'il a une crainte bien fondée d'être persécuté par les tigres tamouls.

Le requérant a fui le Sri Lanka et est venu au Canada en 1984. Il a été présumé être un réfugié au sens de la Convention par le ministre compétent du gouvernement du Canada en février 1985. Il a obtenu le droit de s'établir au Canada le 26 novembre 1986. Le 30 août 1990, il a été reconnu coupable d'avoir comploté pour faire le trafic d'un stupéfiant et il a été condamné à trois ans de pénitencier. Par suite de cette condamnation, un rapport a été préparé à son sujet en vertu de l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4] de la *Loi sur l'immigration*. L'audience tenue pour décider de son expulsion a résulté en la prise d'une mesure d'expulsion conditionnelle. Il a à nouveau revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention.

C'est donc dans ce contexte que l'affaire a été portée devant la SSR.

La SSR disposait des motifs du juge qui a imposé la peine d'incarcération pour complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant au Canada. Bien que la SSR ne se réfère qu'incidemment à ces motifs dans les motifs qu'elle donne elle-même de sa décision, je considère qu'ils sont importants aux fins du présent contrôle judiciaire de la décision de la SSR. Les motifs du juge qui a imposé la peine sont en partie rédigés de la façon suivante:

[TRADUCTION] Trois des quatre accusés<sup>2</sup> de l'instance ont plaidé coupables à l'accusation d'avoir comploté pour faire le trafic de l'héroïne. Le quatrième accusé a plaidé coupable à l'accusation d'avoir eu en sa possession les produits du crime. En l'espèce, ces produits consistaient en l'argent obtenu de la vente d'une quantité d'héroïne à un agent secret de la police.

À des degrés différents d'implication, chaque accusé du complot pour faire le trafic de l'héroïne s'est reconnu coupable d'un crime qui, du point de vue que j'ai de l'ensemble de l'affaire, comportait un plan criminel de faire le trafic d'une quan-

<sup>2</sup> Including the applicant herein.

<sup>2</sup> Y compris le requérant en l'espèce.

substance. The ultimate object of the conspiracy, while its details and essentials may not at the time have been fully in possession of three of the accused who have pleaded guilty, involved the attempted release of serious, dangerous criminals from Kingston penitentiary. The heroin was to be the method of payment made for the release by a breakout from the penitentiary of the criminals who were inside serving lengthy prison terms.

The list of sophisticated weaponry, including helicopters, to be employed in the prison break is, indeed, long and very serious.

I am well aware that all of the accused before me for sentence now may not have been involved in the ultimate object of the conspiracy. Without question, however, each has admitted his part in the conspiracy to traffic in heroin, and in the case of the other accused, in his part in the receiving and possession of the proceeds of the purported sale of that heroin to the undercover officer.

It was indeed fortunate for the public, generally speaking, that an undercover police officer, at no little risk to himself, was able to represent himself as a conspirator in order to break what might have been one of the most serious crimes to be committed in this area, at least for quite a period of time, short of murder. That officer and those who supported him deserve a good deal of credit and gratitude from the public at large, which I feel that I am in the best position to convey.

The admitted facts disclosed Mr. Murugesu played a very prominent executive part in the execution of the heroin aspect of the conspiracy. The other two accused played a much smaller role. They were Mr. Ratnam and Mr. Thamotharampillai. They were retained, for money, to act as "mules" or "runners" for others. Therefore, the sentences to be imposed will reflect the variance of participation and involvement of the three accused. . . . Everybody who has pleaded guilty, irresistibly, well knew that the subject in which they dealt was heroin.<sup>3</sup>

The CRDD found the applicant to have a well-founded fear of persecution, if he were required to return to Sri Lanka, by reason of his nationality, political opinion and membership in a particular social group. It found the applicant not to have an internal flight alternative. Despite these findings, it found the applicant not to be a Convention refugee because he is a person to whom the Convention does not apply because, in the terms of section F(c) of Article 1 the Convention, he is a person with respect to whom there are serious reasons for considering that he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

<sup>3</sup> Tribunal record, at pp. 415-417.

tité considérable de cette substance mortelle. Le but ultime du complot, bien que ses détails et ses principaux éléments n'aient peut-être pas été connus complètement des trois accusés qui ont plaidé coupables, impliquait la tentative de libérer de dangereux criminels du pénitencier de Kingston. L'héroïne devait servir de moyen d'échange pour la libération par évasion du pénitencier de dangereux criminels ayant reçu de longues peines d'emprisonnement.

La liste des armes perfectionnées, y compris des hélicoptères, qui devaient être utilisées lors de l'évasion de prison est longue et inquiétante.

Je me rends bien compte que tous les accusés qui sont ici pour recevoir leur sentence peuvent ne pas avoir été impliqués dans l'établissement du but ultime du complot. Mais on ne peut remettre en question, cependant, que chacun a admis avoir participé au complot de trafic d'héroïne, et, dans le cas de l'autre accusé, d'avoir reçu et eu en sa possession des produits de la prétendue vente de cette héroïne à l'agent secret de la police.

Il est assurément heureux pour le grand public qu'un agent secret de la police, au mépris des risques importants qu'il courait, ait pu se faire passer pour l'un des complotteurs pour éventuellement être capable d'empêcher que ne se commette ce qui aurait été l'un des crimes les plus graves à être commis dans la région depuis assez longtemps, à part le meurtre. Cet agent et ceux qui l'on appuyé méritent amplement la gratitude et les félicitations du public, et je crois être dans la meilleure position pour les leur transmettre.

Les faits qui ont été admis ont permis de constater que M. Murugesu a joué un rôle de premier plan dans l'exécution de l'aspect du complot qui concernait l'héroïne. Les deux autres accusés, M. Ratnam et M. Thamotharampillai, ont joué un beaucoup plus petit rôle: ils étaient payés pour servir de «mules» ou de «courriers» à d'autres. Par conséquent, je donnerai des sentences différentes selon le degré de participation et d'implication des trois accusés. . . . Ceux qui ont plaidé coupables savaient, c'est irréfutable, que c'était d'héroïne qu'il était question<sup>3</sup>.

La SSR a conclu que le requérant avait une crainte bien fondée que, s'il devait retourner au Sri Lanka, il serait persécuté pour le motif de sa nationalité, de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social. Elle a aussi conclu que le requérant n'avait pas de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. En dépit de ces conclusions, la SSR a considéré que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention pour le motif qu'il est une personne à qui la Convention ne s'applique pas parce que, aux termes de la section Fc) de l'article premier de la Convention, il est une personne dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elle s'est rendue cou-

<sup>3</sup> Dossier du Tribunal, aux p. 415 à 417.

The CRDD's analysis leading it to the conclusion that it must exclude the applicant from Convention refugee status is somewhat lengthy but is, I conclude important to reproduce in full. It reads as follows:

The Minister's Representative submitted several documents demonstrating that the United Nations has taken a number of initiatives to gain cooperation among member states to counter the drug traffic. Among others, we note in particular the *Single Convention on Narcotic Drugs*, 1961 at Page 38, Article 35, "Action Against the Illicit Traffic".

Having due regard to their constitutional, legal and administrative systems the parties shall:

- a) Make arrangements at the national level for co-ordination of preventive and repressive action against the illicit traffic; to this end they may usefully designate an appropriate agency responsible for such coordination;
- b) Assist each other in the campaign against the illicit traffic in narcotic drugs;
- c) Co-operate closely with each other and with the competent international organizations of which they are members with a view to maintaining a co-ordinated campaign against the illicit traffic.

At Pages 39 and 40 we note that Article 36 of that Convention provides for penal provisions for persons involved in the illicit trafficking of narcotics.

The issue for the panel is whether these initiatives can be construed as part of the United Nations' purposes and principles. The UNHCR Handbook provides the following guidance in interpreting the exclusion clause in question.

162. It will be seen that this very generally-worded exclusion clause overlaps with the exclusion clause in Article 1F(a); for it is evident that a crime against peace, a war crime or a crime against humanity is also an act contrary to the purposes and principles of the United Nations. While Article 1F(c) does not introduce any specific new element, it is intended to cover in a general way such acts against the purposes and principles of the United Nations that might not be fully covered by the two preceding exclusion clauses. Taken in conjunction with the latter, it has to be assumed, although this is not specifically stated, that the acts covered by the present clause must also be of criminal nature.

163. The purposes and principles of the United Nations are set out in the Preamble and Articles 1 and 2 of the Charter of the United Nations. They enumerate fundamental principles that should govern the conduct of their members in relation to each other and in relation to the international community

pable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

L'analyse que la SSR a faite, et qui l'a menée à conclure qu'elle ne devait pas accorder au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention, est assez longue. Mais je crois qu'il vaut la peine de la retranscrire ici au long:

[TRADUCTION] Le représentant du ministre a déposé plusieurs documents établissant que les Nations Unies ont pris des initiatives pour se gagner la coopération des États Membres dans le but de contrer le trafic de la drogue. L'article 35, intitulé «Lutte contre le trafic illicite», de la *Convention unique sur les stupéfiants*, 1961 (p. 38), est l'une de ces initiatives. Il est rédigé de la façon suivante:

Compte dûment tenu de leurs régimes constitutionnel, juridique et administratif, les Parties:

- a) Assureront sur le plan national une coordination de l'action préventive et répressive contre le trafic illicite; à cette fin, elles pourront utilement désigner un service approprié chargé de cette coordination;
- b) S'assisteront mutuellement dans la lutte contre le trafic illicite;
- c) Coopéreront étroitement entre elles et avec les organisations internationales compétentes dont elles sont membres afin de mener une lutte coordonnée contre le trafic illicite.

Aux pages 39 et 40 de la Convention, l'article 36 prévoit que des peines peuvent être imposées aux personnes impliquées dans le trafic illicite des stupéfiants.

Il incombe au Tribunal de déterminer si ces initiatives peuvent être considérées comme faisant partie des buts et des principes des Nations Unies. Le Guide publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés fournit les suggestions suivantes pour l'interprétation de la clause d'exclusion en question.

162. Cette clause d'exclusion rédigée en termes très généraux recouvre en partie la clause d'exclusion de la section F, alinéa a) de l'article premier. Il est évident, en effet, qu'un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité est également un acte contraire aux buts et principes des Nations Unies. Si l'alinéa c) de la section F n'introduit concrètement aucun élément nouveau, il vise de manière générale les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies qui se seraient pas entièrement couverts par les deux clauses d'exclusion précédentes. Si l'on rapproche l'alinéa c) des deux clauses précédentes, il apparaît, bien que cela ne soit pas dit expressément, que les agissements visés par cet alinéa doivent être également de nature criminelle.

163. Les buts et principes des Nations Unies sont énoncés dans le préambule et dans les articles premier et 2 de la Charte des Nations Unies. Ces dispositions énumèrent les principes fondamentaux qui doivent régir la conduite des Membres de l'Organisation dans leurs relations entre eux et

as a whole. From this it could be inferred that an individual, in order to have committed an act contrary to these principles, must have been in a position of power in a member State and instrumental to his State's infringing these principles. However, there are hardly any precedents on record for the application of this clause, which, due to its very general character should be applied with caution.

While the UNHCR Handbook is not binding, it is authoritative, and we give it careful consideration.

Paragraph 163 of the UNHCR Handbook directs our attention to the Preamble and Articles and (*sic*) 1 and 2 of the Charter of the United Nations to find the purposes and principles of the United Nations. There is no mention therein of the crime the claimant has been convicted of, "conspiracy to traffic in narcotics". Nevertheless, Chapter 1, Article 1(3) of the Charter of the United Nation reads:

To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural or humanitarian character, there is ample evidence that the United Nations has taken many initiatives in respect to the drug problem. In its publication, "The United Nations and Drug Abuse Control", the United Nations lists no fewer than 19 organizations under its umbrella, or associated with it, that have taken action in respect of or solely devoted to the illicit drug issue. The Commission on Narcotic Drugs is one of the economic and social council of the United Nations six functioning commissions. The International Narcotic Control Board was established by the 1961 single Convention on narcotic drugs to limit the cultivation, production, manufacturing and utilization of drugs. There are three units in the United Nations Secretariat responsible for drug abuse control activities. There is a United Nations fund for drug abuse control for which 90 government contributes [*sic*].

The list goes on.

In light of this evidence, we determine that the fight against illegal traffic of narcotics is certainly one of the purposes of the United Nations, falling under Article 1(3) of its Charter. We do not think it necessary for the charter to have to identify specifically each and every one of the purposes of the United Nations that could trigger the exclusion clause.

In his recent text, Professor Hathaway offers five possible interpretations of this particular exclusion clause. One of these, the fifth, presents an interpretation that conforms to the Minister's representation contention.

Finally, it is argued that the clause disfranchises those who fail to respect any major initiative of the United Nations, including not only respect for human rights, but also such

dans leurs relations avec la communauté internationale dans son ensemble. Cela implique que, pour s'être rendu coupable d'agissements contraires à ces principes, une personne doit avoir participé à l'exercice du pouvoir dans un État Membre et avoir contribué à la violation des principes en question par cet État. Cependant, les précédents font défaut en ce qui concerne l'application de cette clause qui, en raison de son caractère très général, ne doit être appliquée qu'avec circonspection.

Bien que le Guide ne soit pas obligatoire d'application, il fait autorité. Nous le considérons donc avec grand soin.

Le paragraphe 163 du Guide indique que les buts et les principes des Nations Unies sont énoncés dans le préambule et dans les articles premier et 2 de la Charte des Nations Unies. Il n'y a dans ces dispositions aucune mention du crime dont le requérant a été reconnu coupable, soit d'avoir comploté pour faire le trafic des stupéfiants. Toutefois, le paragraphe 1(3) du chapitre premier de la Charte des Nations Unies est rédigé de la façon suivante:

[TRADUCTION] Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, les Nations Unies en ont donné de nombreux exemples par les initiatives qu'elles ont prises à l'égard du problème de la drogue. Dans leur publication «Les Nations Unies et la lutte contre l'abus des drogues», les Nations Unies dressent la liste de pas moins de 19 organismes qui sont soit placés sous leur égide, soit associés à elles, et qui ont pris des mesures sur la question des drogues illicites ou dont l'action est toute entière dirigée sur ce problème. La Commission des stupéfiants est l'une des six commissions de fonctionnement du Conseil économique et social des Nations Unies. L'Organe international de contrôle des stupéfiants a été établi en vertu de la Convention unique sur les stupéfiants (1961) afin de limiter la culture, la production, la fabrication et l'utilisation des drogues. Il y a trois unités au sein du Secrétariat des Nations Unies qui sont responsables des activités de contrôle portant sur l'abus des drogues. Il existe un fonds des Nations Unies créé aux fins du contrôle de l'abus des drogues et auquel 90 gouvernements contribuent.

La liste se poursuit.

Étant donné la preuve, nous concluons que la lutte au trafic des stupéfiants est certainement l'un des buts des Nations Unies, exprimés au paragraphe 1(3) de sa Charte. Nous ne croyons pas que la Charte devrait préciser individuellement chacun des buts des Nations Unies qui pourraient être invoqués pour mettre en application la clause d'exclusion.

Dans son récent ouvrage, le professeur Hathaway donne cinq interprétations possibles de cette clause d'exclusion particulière. La cinquième est semblable celle proposée dans les observations du ministre

[TRADUCTION] Finalement, il est affirmé que la clause prive de ses droits les personnes qui ne respectent pas l'une ou l'autre des principales initiatives prises par les Nations



clause causes as the fight against hijacking and hostage-taking.

In the absence of case law on which to rely, it is open to us to accept this interpretation of the exclusion clause. To do so, however, would run counter to the suggestion in the UNHCR Handbook quoted above that it would be inferred that an individual, in order to have committed an act contrary to these principles, must have been in a position of power in a member state and instrumental to his state's infringing these principles.

Professor Hathaway, in his concluding paragraph, seems to adopt the UNHCR Handbook position in this regard. While carrying considerable authority, these interpretations are not binding. We note that Article 1F(c) of the Convention does not stipulate that the acts that trigger this exclusion clause must have been committed outside the country of refuge as does Article 1F(b). If that had been the drafters' intention, we would have expected them to have said so. Nor is there any indication in the wording of the clause that the offender had to hold a position of power in his country's government.

It seems to us that Article 1F(a) concerning a crime against peace, a war crime, a crime against humanity is more clearly directed to the abuse of authority than is 1F(c). We note as well the extremely tentative wording in the UNHCR Handbook, "it could be inferred". In our view, it is entirely reasonable to determine that someone who has committed a serious criminal act that is clearly against major initiatives of the United Nations is not worthy of the protection of the country of refuge in which he committed such an act.

Do we have serious reasons for considering that this claimant has committed such an act? Yes. The claimant testified that he had pleaded guilty to charges of conspiracy to traffic narcotics and had been sentenced to three years in prison.<sup>4</sup>

While I have some difficulty with the CRDD's determination set out in the foregoing quotation that "the fight against illegal traffic of narcotics is certainly one of the purposes of the United Nations, fall-

Unies, non seulement en matière des droits de la personne, mais aussi pour des causes comme la lutte contre les détournements d'avion et les prises d'otages.

En l'absence d'une jurisprudence pertinente, il nous est loisible d'accepter cette interprétation de la clause d'exclusion. Nous irions alors, cependant, contre les suggestions du Guide que nous avons citées précédemment, selon lesquelles il faudrait conclure qu'une personne, pour avoir commis un acte à l'encontre de ces principes, doit avoir été dans une position où elle pouvait participer à l'exercice du pouvoir dans un État Membre et avoir contribué à la violation des principes en question par cet État.

Le professeur Hathaway, dans son paragraphe de conclusion, semble adopter le point de vue du Guide à cet égard. Mais bien que ces interprétations fassent autorité, elles ne sont pas obligatoires. Nous remarquons que l'article 1F(c) de la Convention ne stipule pas que les actes entraînant cette exclusion doivent avoir été commis à l'extérieur du pays d'accueil, comme le fait l'article 1F(b). Si les rédacteurs avaient eu cette intention, il aurait été normal qu'ils l'expriment explicitement. Le libellé de la clause n'indique pas non plus que le contrevenant devait avoir participé à l'exercice du pouvoir dans le gouvernement de son pays.

Il nous semble que l'alinéa 1Fa), qui porte sur les crimes commis contre la paix, les crimes de guerre et les crimes commis contre l'humanité, concerne davantage les abus de pouvoir que ne le fait l'alinéa 1Fc). Nous remarquons aussi le choix prudent des termes qui a été fait dans le Guide: «cela implique que»\*. À notre avis, il est tout à fait raisonnable de déterminer que la personne qui a commis un crime grave qui va clairement à l'encontre des principales initiatives prises par les Nations Unies ne mérite pas la protection du pays d'accueil où elle a commis ce crime.

Avons-nous des raisons sérieuses de penser que le présent demandeur a commis un tel acte? Oui. Le demandeur a affirmé qu'il a plaidé coupable à une accusation de complot pour faire le trafic de stupéfiants et qu'il a été condamné à trois ans de pénitencier<sup>4</sup>.

Bien que j'aie certaines réserves quant à la conclusion de la SSR énoncée dans la citation qui précède, selon laquelle «la lutte au trafic des stupéfiants est certainement l'un des buts des Nations Unies,

\* Note du traducteur: La version officielle française du Guide ne comporte pas la même connotation de prudence que la version anglaise. Il aurait peut-être mieux valu y utiliser une formule comme: «cela pourrait impliquer».

<sup>4</sup> Dossier du requérant, aux p. 11 à 14. Les notes infrapaginales ont été omises. Sur l'affirmation contenue dans la citation, selon laquelle l'interprétation donnée par le Guide [Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés] fait autorité, mais n'est pas obligatoire, voir Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689, aux p. 713 et 714.

<sup>4</sup> Applicant's record, at pp. 11-14. Footnotes have been omitted. As to the statement contained in the quotation to the effect that the UNHCR Handbook [Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees] is not binding but is authoritative, see Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, at pp. 713-714.

ing under Article 1(3) of its Charter,” I have no difficulty concluding that it is an activity within the ambit of those purposes. The result is, I conclude, the same.

The critical issue that was argued before me was whether or not the CRDD erred in law in preferring a broad or liberal interpretation of section F(c) of Article 1 of the Convention to the more restrictive interpretation suggested in paragraph 163 of the UNHCR Handbook quoted above from the CRDD’s reasons and noted in those reasons to be the position apparently adopted by Professor Hathaway in his text *The Law of Refugee Status*.<sup>5</sup>

In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>6</sup> MacGuigan J.A., speaking for the Federal Court of Appeal in referring to the interpretation of other paragraphs of the UNHCR Handbook stated:

Therefore, although the appellant relied on several international authorities which emphasize that the interpretation of the exclusion clause must be restrictive, it would nevertheless appear that, in the aftermath of Second World War atrocities, the signatory states to this 1951 Convention intended to preserve for themselves a wide power of exclusion from refugee status where perpetrators of international crimes are concerned.

While the crime committed by the applicant and here in question, certainly bears no relationship to the “aftermath of Second World War atrocities,” it certainly was a crime with international implications. Heroin is not a locally produced narcotic. The crime in question was a crime against which the United Nations has initiated, coordinated and undertaken a range of international initiatives, and, in that regard, is certainly on a scale equivalent to or greater than, the “fight against hijacking and hostage-taking” referred to in the extract from Professor Hathaway’s text cited by the CRDD in its reasons.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Hathaway, James C. Butterworths, Toronto, 1991.

<sup>6</sup> [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), at pp. 312-313.

<sup>7</sup> See, in addition, Professor Hathaway, at pp. 228-229 of *The Law of Refugee Status* (*supra*) where he states:

The Charter of the United Nations lists four purposes of the organization: to maintain international peace and security; to develop friendly and mutually respectful relations among

exprimés au paragraphe 1(3) de sa Charte», je n’ai aucune difficulté à conclure que c’est une activité qui cadre avec ces buts. Le résultat, j’en conclus, est le même.

<sup>a</sup> La question en litige qui a été au centre de l’argumentation consistait à déterminer si la SSR a commis une erreur de droit en choisissant de donner l’interprétation large et libérale qu’elle a donnée à la section F(c) de l’article premier de la Convention plutôt que l’interprétation plus restrictive suggérée par le paragraphe 163 du Guide, cité précédemment à partir des motifs de la SSR, qui a affirmé, dans ces mêmes motifs, que le professeur Hathaway aurait apparemment adopté cette dernière interprétation dans son ouvrage *The Law of Refugee Status*.<sup>5</sup>

<sup>b</sup> Dans l’arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*,<sup>6</sup> le juge MacGuigan, J.C.A., s’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale sur l’interprétation des autres paragraphes du Guide, a affirmé:

<sup>c</sup> Par conséquent, en dépit des nombreuses décisions internationales citées par l’appelant, qui insistaient sur la nécessité de donner une interprétation restrictive à la disposition d’exclusion, il appert qu’à la suite des atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale, les États signataires de la Convention de 1951 ont voulu se réserver un vaste pouvoir d’exclusion du statut de réfugié à l’égard des auteurs de crimes internationaux.

<sup>d</sup> Bien que le crime commis en l’espèce par le requérant n’ait rien à voir avec les «atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale», ce crime avait certainement une incidence internationale. L’héroïne n’est pas produite au Canada. Le crime en question est un crime contre lequel les Nations Unies ont pris, coordonné et exécuté diverses initiatives internationales, et, à cet égard, ce crime est certainement au moins aussi important que «les détournements d’avion et les prises d’otages» dont il est question dans l’extrait de l’ouvrage du professeur Hathaway qui est cité par la SSR dans ses motifs.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Hathaway, James C. Butterworths, Toronto, 1991.

<sup>6</sup> [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), aux p. 312 et 313.

<sup>7</sup> Voir de plus les p. 228 et 229 de *The Law of Refugee Status* (précité), où le professeur Hathaway affirme:

[TRADUCTION] La Charte des Nations Unies énonce quatre buts de l’organisation: maintenir la paix et la sécurité internationales; développer des relations amicales et mutuelle-

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

In *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>8</sup> Robertson J.A., speaking for the Federal Court of Appeal stated [at page 307]:

The thrust of the appellant's argument is that the Board, and this Court, should construe narrowly the exclusion clause in view of the possible persecution awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees. I recognize that this view is echoed by all of the leading commentators and reinforced in the UNHCR Handbook . . . [Numerous authorities cited here are omitted.]

As persuasive as the commentaries may be, I am bound to approach the application of the exclusion clause, first, by reference to the existing jurisprudence of this Court and, second, by reference to the clear intent of the signatories to the Convention. Where, however, there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

Authorities cited by Mr. Justice Robertson and by counsel before me demonstrate that the "intent of the signatories to the Convention" in relation to section F(c) of Article 1 of the Convention was not clear.<sup>9</sup>

(Continued from previous page)

nations; to achieve international co-operation in solving socio-economic and cultural problems, and in promoting respect for human rights; and to serve as a centre for harmonizing actions directed to these ends. These basic purposes bind member states through a series of principles set out in Article 2, including respect for sovereign equality; good faith fulfilment of obligations; peaceful settlement of disputes; refraining from use of force against the territorial integrity or political independence of another state; and promotion of the work of the United Nations. It is clear that these principles speak essentially to governments, and that most individuals can violate even the spirit of the purposes and principles only through the commission of a crime against peace and security, or of a serious criminal offence. The independent utility of this exclusion clause is thus somewhat elusive. [Underlining added by me for emphasis.]

<sup>8</sup> [1994] 1 F.C. 298 (C.A.).

<sup>9</sup> See Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, at p. 283:

ii) Travaux préparatoires

It appears from the records that those who pressed for the inclusion of the clause had only vague ideas as to the meaning of the phrase 'acts contrary to the purposes and principles of the United Nations'.

(Continued on next page)

Dans l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>8</sup>, le juge Robertson, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a affirmé [à la page 307]:

<sup>a</sup> À l'appui de sa prétention, l'appelant soutient que la Commission et cette Cour devraient interpréter de façon restrictive la disposition d'exclusion, étant donné le risque de persécution auquel sont soumis ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention. Je reconnais que cette opinion est partagée par . . . tous les auteurs reconnus et renforcée par le Guide HCNUR; [Les nombreuses citations sont omises.]

<sup>c</sup> Quelque convaincants que puissent être les commentaires, je suis tenu de considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte, tout d'abord, de la jurisprudence de cette Cour, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsque, par contre, il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

<sup>d</sup> Les autorités citées par le juge Robertson et par les avocats des parties en l'espèce établissent que «l'intention [manifeste] des signataires de la Convention» quant à la section F(c) de l'article premier de la Convention n'était pas manifeste<sup>9</sup>.

<sup>e</sup> (Suite de la page précédente)

ment respectueuses entre les nations; réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes socio-économiques et culturels et en encourageant le respect des droits de l'homme; et être un centre où s'harmonisent les mesures prises à ces fins. Ces buts fondamentaux obligent les États Membres à respecter les principes énoncés à l'article 2, dont: le respect de l'égalité souveraine; l'exécution de bonne foi des obligations prises; le règlement pacifique des différends; l'abstention de l'usage de la force qui porterait atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un autre État; la promotion de la mission des Nations Unies. Il est clair que l'énoncé de ces principes s'adresse d'abord aux gouvernements, et que la plupart des personnes ne peuvent violer même l'esprit des buts et des principes que par la perpétration d'un crime contre la paix et la sécurité, ou d'un acte criminel grave. L'utilité indépendante de cette clause d'exclusion est par conséquent quelque peu insaisissable. [Non souligné dans l'original.]

<sup>8</sup> [1994] 1 C.F. 298 (C.A.).

<sup>9</sup> Voir Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, à la p. 283:

ii) Travaux préparatoires

[TRADUCTION] Il ressort de l'étude des dossiers que ceux qui ont demandé que la clause soit incluse n'avaient qu'une vague idée de la portée des termes «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies».

(Suite à la page suivante)

I turn then to the existing jurisprudence of this Court in relation to section F(c) of Article 1. It is not extensive. In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>10</sup> McKeown J. stated:

On the first point with respect to section F(c) of Article 1 in my view the Refugee Division reasonably concluded that the applicant is not a Convention refugee because he is specifically excluded from the definition by virtue of the fact that the Convention does not apply to him because he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. There are serious reasons for considering the foregoing.

There was evidence before the Refugee Division upon which it could reasonably conclude that the United Nations has taken initiatives to counter the traffic in illicit drugs and that

(Continued from previous page)

The delegate of France, who insisted on the adoption of the clause, said that the 'provision was not aimed at the man-in-the-street, but at persons occupying government posts, such as heads of States, ministers and high officials . . . [Whenever] mention was made of refugees, that was to say of victims of persecution, it was because it was assumed that there were also authors of such persecution. By a turn of events, the persecutor might himself become a refugee'.

The representative of the United Nations Secretariat stated:

'The principles referred to were defined in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights. An individual who, without having committed a crime against humanity, had violated human rights, for instance by the exercise of discrimination, could be considered to have committed acts contrary to the purposes and principles of the United Nations'.

At the Conference of Plenipotentiaries, the delegate of the United Kingdom expressed the view that 'it was difficult to define what acts were contrary to the purposes and principles of the United Nations, though he presumed that what was meant was such acts as war crimes, genocide and the subversion or overthrow of democratic regimes'.

Considering the great divergence between these interpretations, it is easily understandable that the Social Committee of the Economic and Social Council expressed genuine concern, feeling that the provision was so vague as to be open to abuse. It seems that agreement was reached on the understanding that the phrase should be interpreted very restrictively. [References deleted.]

<sup>10</sup> Court File: IMM-240-93, September 3, 1993 (not yet reported).

Je considère maintenant la jurisprudence de la Cour portant sur l'alinéa 1F(c). Elle n'est pas volumineuse. Dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>10</sup>, le juge

a McKeown a affirmé:

En ce qui concerne le premier point relatif à l'alinéa c) de la section F de l'article premier, j'estime que la section du statut de réfugié a raisonnablement conclu que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention puisqu'il est expressément exclu de la définition. En effet, parce qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, la Convention ne s'applique pas à lui. De sérieuses raisons justifient l'examen de ce qui précède.

b Des éléments de preuve soumis à la section du statut de réfugié permettaient raisonnablement de conclure que l'Organisation des Nations Unies a pris des mesures visant à mettre un

c (Suite de la page précédente)

Le délégué de la France, qui a insisté pour que la clause soit adoptée, a affirmé que la «disposition n'était pas destinée à l'homme de la rue, mais aux personnes occupant des postes gouvernementaux, comme les chefs d'État, les ministres et les hauts fonctionnaires . . . Lorsqu'on faisait mention des réfugiés, on parlait des victimes de persécution; il en était ainsi parce que l'on supposait qu'il y avait des auteurs à cette persécution. Mais par un retournement, le persécuteur peut lui-même devenir un réfugié».

Le représentant du Secrétariat des Nations Unies a affirmé:

«Les principes dont il était question étaient définis dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Une personne qui, sans avoir commis un crime contre l'humanité, a violé les droits de l'homme, par exemple en posant des gestes discriminatoires, pourrait être considérée comme ayant commis des actes contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.»

Lors de la conférence des plénipotentiaires, le délégué du Royaume-Uni a exprimé l'opinion qu'«il était difficile de définir quels actes sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, bien que, a-t-il supposé, ces termes désignent les actes comme les crimes de guerre, le génocide et la subversion ou le renversement de régimes démocratiques».

Étant donné les grandes divergences qui existent entre ces interprétations, il est facilement compréhensible que le Comité social du Conseil économique et social ait exprimé de fortes réticences, considérant que la disposition était si vague qu'elle pouvait donner lieu à des abus. Il semble que l'on soit parvenu à une entente reposant sur la condition que l'expression devait être interprétée d'une manière très restrictive. [Omission des références.]

<sup>10</sup> N° du greffe IMM-240-93, 3 septembre 1993 (encore inédit).

such initiatives could be construed as part of the United Nations' purposes and principles.

There is no reason to limit the application of section F(c) of Article 1 of the Convention to persons in power. The wording of the article does not permit such a discrimination. There may be many cases where section F(c) of Article 1 should not be applied because of the nature of the violation of the United Nations' purposes and principles but this is not one of them.

Apparently the applicant in that case was somehow involved in the traffic in illicit drugs. Unfortunately, Mr. Justice McKeown's reasons give no indication of the nature of the applicant's involvement.

No other cases were cited before me that are directly relevant to the circumstances here under consideration.

Returning then to the decision in *Moreno*, I repeat the last sentence quoted from the reasons of Mr. Justice Robertson:

Where, however, there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

Even without the precedent in *Pushpanathan*, I conclude that the CRDD made no error of law or other reviewable error in concluding as it did that the applicant was excluded from Convention refugee status by reason of section F(c) of Article 1 of the Convention. Assuming for the moment an unresolved ambiguity or issue that was before the CRDD, and I believe there to have been no unresolved ambiguity or issue arising out of the facts of this case, I conclude that the construction of section F(c) of Article 1 of the Convention adopted by the CRDD is the construction most agreeable to justice and reason in all of the circumstances of this case. The crime of which the applicant was convicted, on a plea of guilty, was one involving significant international implications. It constituted an element of international criminal activity against which the United Nations has initiated, coordinated and undertaken significant initiatives within its purposes and principles. It was a crime that, within Canada, potentially had fearful social, cultural and humanitarian repercussions, to say nothing of its economic repercussions. As part of

frein au trafic de drogues illicites et que ces mesures peuvent être considérées comme faisant partie des buts et principes des Nations Unies.

Il n'y a pas de raison de limiter l'application de l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la Convention aux personnes qui détiennent le pouvoir. Le libellé de l'article n'autorise pas une telle distinction. Il peut exister de nombreux cas où l'alinéa c) de la section F de l'article premier ne devrait pas s'appliquer en raison de la nature de la violation des buts et principes des Nations Unies, mais l'espèce n'en est pas un.

Il semble que le requérant était, dans cette affaire, impliqué d'une certaine façon dans le trafic des drogues illicites. Malheureusement, les motifs du juge McKeown ne fournissent aucune indication sur la nature de la participation de ce requérant au trafic.

À l'audience, aucun autre arrêt portant directement sur des circonstances comme celles qui sont ici examinées n'a été cité.

Je reviens à l'arrêt *Moreno* et je rappelle la dernière phrase que j'ai citée des motifs du juge Robertson:

Lorsque, par contre, il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

Même en faisant abstraction de l'arrêt *Pushpanathan*, je conclus que la SSR n'a commis aucune erreur de droit, ou quelque erreur qui mériterait d'être corrigée, dans sa conclusion que le requérant ne pouvait, en raison de la section Fc) de l'article 1 de la Convention, obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention. En supposant, pour le moment, que la SSR faisait face à une ambiguïté ou à une question non résolue, mais je crois que les faits de l'espèce n'en recelaient aucune, je conclus que l'interprétation donnée de la section Fc) de l'article premier de la Convention par la SSR est celle qui est la plus conforme à la justice et à la raison dans les circonstances. Le crime pour lequel le requérant a été condamné après qu'il se soit reconnu coupable pouvait avoir des répercussions internationales importantes. Il était un élément de l'activité criminelle internationale contre laquelle les Nations Unies ont pris et coordonné des initiatives importantes dans le cadre de leurs buts et de leurs principes. Le crime pouvait, au Canada, avoir des répercussion sociales, culturelles et humaines terribles, pour ne pas parler des

an international scheme, those repercussions extended well beyond the borders of Canada.

For the foregoing reasons, I have dismissed this application.

Counsel for the applicant argued that I should certify a question in this matter relating to whether the CRDD should adopt a restrictive or broad or liberal interpretation of section F(c) of Article 1 of the Convention in matters that come before it and that raise the application of that paragraph. Counsel for the respondent argued that the *Ramirez* and *Moreno* decisions cited above effectively answer that question. Counsel for the respondent suggested that I might wish to consider certifying a question regarding the scope and nature of crimes within Canada that would appropriately invoke the application of section F(c) of Article 1 of the Convention. With regard to the question proposed by counsel for the applicant, I am in agreement with the position of counsel for the respondent on the facts of this case. With regard to the question proposed by counsel for the respondent, once again, I am not satisfied that the facts of this case are appropriate for a determination of the circumstances in which a crime committed within Canada should or should not be considered of such a nature as to warrant the application of section F(c) of Article 1 of the Convention.

For these reasons, no question is certified.

répercussions économiques. Comme élément d'un plan international, ces répercussions s'étendaient bien au-delà des frontières du Canada.

Pour les raisons qui précèdent, j'ai rejeté la demande.

L'avocat du requérant a allégué que je devrais en l'espèce certifier une question quant à savoir si la SSR devrait adopter une interprétation restrictive ou une interprétation large ou libérale de la section Fc) de l'article premier de la Convention dans les affaires sur lesquelles elle soit statuer et qui mettent en cause l'application de cet alinéa. L'avocat de l'intimé a allégué que les arrêts *Ramirez* et *Moreno* répondaient effectivement à cette question, mais que, peut-être, je trouverais à propos de certifier une question relativement à la portée et à la nature des crimes qui, commis au Canada, requerraient l'application de la section Fc) de l'article premier de la Convention. En ce qui concerne la question proposée par l'avocat du requérant, je suis du même avis que l'avocat de l'intimé sur les faits de l'espèce. En ce qui concerne la question proposée par l'avocat de l'intimé, je ne suis pas convaincu que les faits de l'espèce peuvent servir de façon convenable à la détermination des circonstances dans lesquelles un crime commis au Canada devrait être considéré comme étant d'une nature telle qu'il nécessite l'application de la section Fc) de l'article premier de la Convention.

Pour les présents motifs, je ne certifie aucune question.

T-2737-93

T-2737-93

**In re the *Competition Act*;****Dans l'affaire de la *Loi sur la concurrence*;**

And in re an inquiry pursuant to s. 10 of the *Competition Act* regarding the activities of certain notaries in the judicial district of St-François; <sup>a</sup>

Et dans l'affaire d'une enquête en vertu de l'art. 10 de la *Loi sur la concurrence*, concernant les activités de certains notaires du district judiciaire de St-François;

And in re an application by the Director of Investigation and Research, *Competition Act*, for an order directing certain persons to appear for examination pursuant to s. 11(1)(a) and for the appointment of a presiding officer. <sup>b</sup>

Et dans l'affaire d'une demande du Directeur des enquêtes et recherches, *Loi sur la concurrence*, visant à obtenir une ordonnance enjoignant certaines personnes de comparaître aux fins d'interrogatoire aux termes de l'art. 11(1)a) et la nomination d'un fonctionnaire d'instruction.

T-3011-93 <sup>c</sup>

T-3011-93

Charles Samson, Marie Marier, Michel Lamoureux, Denise Cloutier, Claude Gagnon, Daniel Tousignant, André Robert, Nathalie Poisson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Armand Bolduc, Marie-Josée Bolduc, Claude Turcotte, René Cyr (*Applicants-plaintiffs*) <sup>d</sup>

Charles Samson, Marie Marier, Michel Lamoureux, Denise Cloutier, Claude Gagnon, Daniel Tousignant, André Robert, Nathalie Poisson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Armand Bolduc, Marie-Josée Bolduc, Claude Turcotte, René Cyr (*requérants-demandeurs*)

v.

e <sup>c</sup>.

Her Majesty the Queen and George Addy, Director of Investigation and Research appointed pursuant to the *Competition Act* (*Respondents-defendants*) <sup>f</sup>

Sa Majesté la Reine et George Addy, directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence* (*intimés-défendants*)

INDEXED AS: SAMSON v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: SAMSON c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, February 1; Toronto, March 23, 1994. <sup>g</sup>

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer —Montréal, 1<sup>er</sup> février; Toronto, 23 mars 1994.

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application to quash ex parte orders compelling suspects in combines investigation to appear for examination — Director investigating complaint notaries in Sherbrooke area agreeing to observe minimum fee tariffs in real estate deals — Application allowed — Orders contrary to Charter, s. 7 — Charter, ss. 11(c), 13 not preventing conclusion s. 7 conferring residual protection — S. 7 applicable to suspect, versus accused, investigative stage, versus trial — Criminal proceedings required — Purely administrative proceedings distinguished — Investigation integral part of process leading to eventual criminal prosecution in which applicants-plaintiffs prime suspects — Testimony only adding to evidence of own misconduct — Rule of fundamental justice when suspect certain to be charged and testimony not assisting conduct of investigation, but own prosecution, suspect should not be compelled to testify — Public interest not justifying compellability.* <sup>h</sup>

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande visant à obtenir l'annulation des ordonnances rendues ex parte, enjoignant aux suspects dans une enquête sur les coalitions de comparaître aux fins d'interrogatoire — Il s'agit d'une enquête menée par le directeur sur une plainte portant que des notaires de la région de Sherbrooke ont conclu une entente pour respecter une tarification minimum dans les transactions immobilières — Demande accueillie — Les ordonnances violent l'art. 7 de la Charte — Les art. 11(c) et 13 de la Charte n'empêchent pas de conclure que l'art. 7 accorde une protection résiduelle — L'art. 7 s'étend au suspect, par opposition à l'accusé, à l'étape de l'enquête, par opposition au procès — Des procédures criminelles sont requises — Il faut distinguer les procédures purement administratives — L'enquête est un rouage intégral d'un processus qui peut mener à poursuite criminelle dans laquelle les requérants-demandeurs sont les suspects principaux — Leur témoignage ne peut qu'ajouter à la preuve de leur inconduite — Il est une*

*Criminal justice — Evidence — Ex parte orders requiring suspects in combines investigation to appear for examination quashed as infringing Charter, s. 7 — S. 7 providing residual protection to ss. 11(c), 13 — Applicable to suspect, investigative stage of criminal proceedings, administrative inquiries leading to criminal prosecution — When suspect certain to be charged and testimony not assisting conduct of investigation, but own prosecution, suspect should not be compelled to testify.*

*Competition — Investigation of notaries allegedly agreeing to adhere to minimum fee tariff in real estate deals — Federal Court ex parte orders compelling suspects to appear for examination quashed as contrary to Charter, s. 7 — S. 7 applies to suspects, investigative stage of process — Director's investigation integral part of process leading to criminal prosecution in which applicants-plaintiffs prime suspects — Director having all necessary information to conclude applicants-plaintiffs committing criminal offence — Only purpose self-incrimination — Wrongful use of government power.*

The Director of Investigation and Research, appointed pursuant to the *Competition Act*, commenced an inquiry into an alleged agreement amongst notaries in the Sherbrooke area of Quebec to observe minimum fee tariffs for services connected with real estate transactions between November 1992 and May 1993. The applicants-plaintiffs were signatories to the agreement and were part of the executive of the Association des notaires du district de St-François, the coercive measures committee and/or the rate setting committee. This was an application to quash *ex parte* orders granted by Nadon J. requiring them to appear for examination, and an action for a declaration that *Competition Act*, paragraph 11(1)(a) was of no force or effect. The issues were whether Charter, section 7, which guarantees the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice, applied to a suspect at the investigative stage, and whether the orders were contrary to section 7.

*Held*, the application should be allowed in part. The orders infringed Charter, section 7 and were declared null and void.

The specific enumerations in Charter, paragraph 11(c) (right of non-compellability) and section 13 (prohibition against self-incrimination) do not prevent a conclusion that section 7 confers residual protection.

*règle de justice fondamentale que, lorsqu'on a acquis la certitude que le suspect sera accusé et que son témoignage ne vise pas à assister à la conduite de l'enquête, mais à sa propre poursuite, le suspect ne devrait pas être contraint à témoigner — L'intérêt public ne justifie pas qu'il soit contraint.*

*a Justice criminelle et pénale — Preuve — Les ordonnances rendues ex parte, enjoignant aux suspects dans une enquête sur les coalitions de comparaître aux fins d'interrogatoire, sont annulées au motif qu'elles violent l'art. 7 de la Charte — L'art. 7 accorde une protection résiduelle à celle qu'offrent les art. 11c) et 13 — Elle s'étend au suspect, à l'étape de l'enquête d'une instance criminelle, aux enquêtes administratives qui mènent à une poursuite criminelle — Lorsqu'on a acquis la certitude que le suspect sera accusé et que son témoignage ne vise pas à assister à la conduite de l'enquête mais bien à sa propre poursuite, le suspect ne devrait pas être contraint à témoigner.*

*b Concurrence — Enquête visant des notaires qui auraient conclu une entente pour respecter une tarification minimum dans les transactions immobilières — Les ordonnances rendues ex parte par la Cour fédérale, enjoignant aux suspects de comparaître pour interrogatoire, sont annulées car elles violent l'art. 7 de la Charte — L'art. 7 s'étend aux suspects, à l'étape de l'enquête du processus — L'enquête du directeur est un rouage intégral d'un processus qui peut mener à une poursuite criminelle dans laquelle les requérants-demandeurs sont les suspects principaux — Le directeur avait tous les renseignements nécessaires pour conclure que les requérants-demandeurs avaient commis une infraction criminelle — Son seul but était l'auto-incrimination — Usage abusif du pouvoir de l'État.*

*c Le directeur des enquêtes et recherches, nommé en vertu de la Loi sur la concurrence, a ouvert une enquête sur un accord qu'auraient conclu des notaires de la région de Sherbrooke au Québec pour respecter une tarification minimum pour la fourniture de services reliés aux transactions immobilières entre novembre 1992 et mai 1993. Les requérants-demandeurs ont adhéré à l'entente et étaient membres de l'Exécutif de l'Association des notaires du district de St-François, du comité des «Mesures coercitives» et du comité de «Tarification». Il s'agit d'une demande visant à obtenir l'annulation des ordonnances rendues ex parte par le juge Nadon, leur enjoignant de comparaître pour interrogatoire, et d'une action visant à faire déclarer l'alinéa 11(1)(a) de la Loi sur la concurrence nul et sans effet. Il s'agit de savoir si l'article 7 de la Charte, en vertu duquel il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, s'étend à un suspect à l'étape de l'enquête, et si les ordonnances étaient contraires à l'article 7.*

*d Jugement:* la demande doit être accueillie en partie. Les ordonnances violent l'article 7 de la Charte et sont déclarées nulles et sans effet.

*e Les énumérations précises de l'alinéa 11c) (droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même) et de l'article 13 (droit de ne pas s'incriminer) de la Charte n'empêchent pas de conclure que l'article 7 accorde une protection résiduelle.*



The right to silence can be exercised by an accused in the investigative stages of proceedings. The right of a suspect not to say anything is not the result of a right of no self-crimination, but is merely the exercise by him of the general right to say what one pleases, unless obliged to do otherwise by law. The right of a suspect to remain silent operates at both the investigative and the trial stage. The right to remain silent does not exist unless there is a criminal process. Purely administrative inquiries must be distinguished from those which concern the commission of a criminal offence, since the consequences of the first do not entail the criminal consequences and the stigmas attached to the second. If the purpose of the inquiry is to obtain evidence which will lead to criminal proceedings, an administrative inquiry should not be distinguished from a criminal one. The Director's investigation was an integral part of a process leading to an eventual criminal prosecution, in which the applicants-plaintiffs were the prime suspects.

The Director had all the information needed to conclude that the applicants-plaintiffs had committed a criminal offence. The information and the evidence in the record established that an agreement existed to set prices which limited the real estate transaction market, and the applicants-plaintiffs were responsible for it. The Director could have summoned the notaries' clients or employees of the Bureau d'enregistrement to see what documents had been notarized during this short period, but instead chose to summon the suspected notaries, the only possible purpose of which could have been for them to incriminate themselves.

The public interest did not justify the Director's application. The balance between the rights of government and the individual depends on the context. When combines investigators seek to obtain information from the only persons holding information about transactions in general which are the subject of the investigation, the power of compellability may be more legitimate. But when, as here, there is a certainty that the suspect is the person who will be charged and his testimony will not serve to assist the conduct of the investigation, but rather his own prosecution, the suspect should not be compelled to testify. That is a rule of fundamental justice. The government has made a wrongful use of its power against the individual. Charter, section 7 exists to restore the balance.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 4(1), 5.  
*Canada Evidence Act (The)*, 1893, S.C. 1893, c. 31.  
*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(c), 13.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 10(1)(b)(iii) (as am. *idem*, s. 23), 11(1)(a) (as am. *idem*, s. 24).

Le droit au silence existe pour l'inculpé à l'étape de l'enquête d'une instance. Le droit d'un suspect de ne rien dire ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général de dire ce qui lui plaît à moins que la loi ne l'y oblige. Le droit d'un suspect de garder le silence s'applique tant à l'étape de l'enquête qu'à celle du procès. Le droit de garder le silence n'existe que dans le cadre d'un processus criminel. Il faut distinguer les enquêtes purement administratives de celles qui portent sur la perpétration d'une infraction criminelle puisque les conséquences des premières n'entraînent pas les conséquences pénales et les stigmates qui se rattachent aux deuxièmes. Si l'objet de l'enquête est d'obtenir des éléments de preuve qui donneront lieu à des poursuites criminelles, l'enquête administrative ne devrait pas être distinguée de l'enquête criminelle. L'enquête du directeur est un rouage intégral d'un processus qui peut mener à une poursuite criminelle dans laquelle les requérants-demandeurs sont les suspects principaux.

Le directeur avait tous les renseignements lui permettant de croire que les requérants-demandeurs avaient commis une infraction criminelle. La dénonciation et la preuve au dossier révèlent qu'une entente existait pour fixer les prix, que cette entente limitait le marché des transactions immobilières et que les requérants-demandeurs en étaient les responsables. Il était loisible au directeur de convoquer les clients des notaires ou des employés du Bureau d'enregistrement pour voir quels actes avaient été passés pendant cette courte période, mais il a plutôt choisi de convoquer les notaires soupçonnés. Il ne pouvait que viser à ce qu'ils s'incriminent.

L'intérêt public ne justifiait pas la demande du directeur. L'équilibre entre les droits de l'État et ceux de l'individu dépend du contexte. Lorsque les enquêteurs en matière de coalitions cherchent à se renseigner auprès des seules personnes qui détiennent des renseignements au sujet des transactions qui font l'objet de l'enquête, l'exercice du pouvoir de contraindre est plus légitime. Mais lorsque, comme en l'espèce, on a acquis la certitude que le suspect est celui qui sera accusé et que son témoignage ne vise pas à assister à la conduite de l'enquête mais bien à sa propre poursuite, le suspect ne devrait pas être contraint à témoigner. Ceci est un principe de justice fondamentale. L'État a fait un usage abusif de son pouvoir contre l'individu. L'article 7 de la Charte nous permet de rétablir l'équilibre.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte de la preuve au Canada*, 1893, S.C. 1893, ch. 31.  
*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, 11c), 13.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), art. 10(1)(b)(iii) (mod., *idem*, art. 23), 11(1)(a) (mod., *idem*, art. 24).

*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 5.

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(1), 5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 103; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 299; 59 C.C.C. (3d) 321; 80 C.R. (3d) 235; 119 N.R. 321; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; (1981), 121 D.L.R. (3d) 578; 59 C.C.C. (2d) 30; 20 C.R. (3d) 97; 35 N.R. 485; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *R. v. Esposito* (1985), 53 O.R. (2d) 356; 24 C.C.C. (3d) 88; 49 C.R. (3d) 193; 20 C.R.R. 102; 12 O.A.C. 350 (C.A.); *Morena (V.) v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 78; (1990), 90 DTC 6685; 39 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Crain (R. L.) Inc. et al. v. Couture and Restrictive Trade Practices Commission et al.* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; 30 Sask. R. 191; 10 C.C.C. (3d) 119; 9 C.R.R. 287 (Q.B.); *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; [1986] 2 W.W.R. 289; (1986), 68 B.C.L.R. 145 (C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

##### CONSIDERED:

*Comet Products UK Ltd v Hawkex Plastics Ltd*, [1971] 1 All ER 1141 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, 3rd ed. Boston: Little, Brown Co., 1940, vol. viii. i

APPLICATION to quash *ex parte* orders requiring the applicants-plaintiffs, suspects in a combined investigation, to appear for examination. Application allowed. j

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 103; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; [1990] 6 W.W.R. 554; (1990), 49 B.C.L.R. (2d) 299; 59 C.C.C. (3d) 321; 80 C.R. (3d) 235; 119 N.R. 321; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; (1981), 121 D.L.R. (3d) 578; 59 C.C.C. (2d) 30; 20 C.R. (3d) 97; 35 N.R. 485; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; [1990] 5 W.W.R. 1; 47 B.C.L.R. (2d) 1; 57 C.C.C. (3d) 1; 77 C.R. (3d) 145; 49 C.R.R. 114; 110 N.R. 1; *R. v. Esposito* (1985), 53 O.R. (2d) 356; 24 C.C.C. (3d) 88; 49 C.R. (3d) 193; 20 C.R.R. 102; 12 O.A.C. 350 (C.A.); *Morena (V.) c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 78; (1990), 90 DTC 6685; 39 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Crain (R. L.) Inc. et al. v. Couture and Restrictive Trade Practices Commission et al.* (1983), 6 D.L.R. (4th) 478; 30 Sask. R. 191; 10 C.C.C. (3d) 119; 9 C.R.R. 287 (B.R.); *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; [1986] 2 W.W.R. 289; (1986), 68 B.C.L.R. 145 (C.A.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Comet Products UK Ltd v Hawkex Plastics Ltd*, [1971] 1 All ER 1141 (C.A.).

#### DOCTRINE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, 3rd ed. Boston: Little, Brown Co., 1940, vol. viii.

DEMANDE visant à obtenir l'annulation des ordonnances rendues *ex parte*, enjoignant aux requérants-demandeurs, suspects dans une enquête sur les coalitions, de comparaître pour interrogatoire. Demande accueillie.

## COUNSEL:

*Bruno J. Pateras, Q.C.* and *Danielle Barot* for applicants-plaintiffs.  
*François Rioux* for respondents-defendants.

## SOLICITORS:

*Pateras & Iezzoni*, Montréal, for applicants-plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents-defendants.

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

TREMBLAY-LAMER J.:

FACTS

On July 20, 1993 the Director of Investigation and Research (the Director) appointed pursuant to the *Competition Act* (hereinafter "the Act"),<sup>1</sup> initiated an inquiry pursuant to subparagraph 10(1)(b)(iii) [as am. *idem*, s. 23] of the Act concerning the provision by notaries in the Sherbrooke area of Quebec of services connected with real estate transactions between November 1992 and May 1993.

On November 24, 1993, Mr. Marcel Morin, an authorized representative of the Director, swore an information which he submitted to The Hon. Marc Nadon of the Federal Court in connection with an *ex parte* application for an order directing the applicants-plaintiffs to appear for examination pursuant to paragraph 11(1)(a) [as am. *idem*, s. 24] of the Act.

On November 24, 1993 orders were made by Nadon J. to each of the applicants-plaintiffs directing them to appear for examination before a presiding officer.

The applicants-plaintiffs then filed an application to quash the orders made by The Hon. Marc Nadon *ex parte* and an action asking the Court to declare paragraph 11(1)(a) of the Act of no force or effect and the orders made by Nadon J. null and void.

## AVOCATS:

*Bruno J. Pateras, c.r.* et *Danielle Barot* pour les requérants-demandeurs.  
*François Rioux* pour les intimés-défendeurs.

## PROCUREURS:

*Pateras & Iezzoni*, Montréal, pour les requérants-demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour les intimés-défendeurs.

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

LE JUGE TREMBLAY-LAMER:

LES FAITS

Le 20 juillet 1993, le directeur des enquêtes et recherches (le directeur), nommé en vertu de la *Loi sur la concurrence*<sup>1</sup> (ci-après «la Loi»), a ouvert une enquête conformément à l'alinéa 10(1)b)(iii) [mod., *idem*, art. 23] de la Loi au sujet de la fourniture par les notaires de la région de Sherbrooke au Québec, de services reliés aux transactions immobilières entre novembre 1992 et mai 1993.

Le 24 novembre 1993, M. Marcel Morin, un représentant autorisé du directeur, a assermenté une dénonciation qu'il a présentée à l'honorable juge Marc Nadon de la Cour fédérale, dans le cadre d'une demande *ex parte* afin d'obtenir une ordonnance enjoignant aux requérants-demandeurs de comparaître aux fins d'interrogatoire au terme de l'alinéa 11(1)a) [mod., *idem*, art. 24] de la Loi.

Le 24 novembre 1993, des ordonnances furent émises par le juge Nadon à chacun des requérants-demandeurs leur enjoignant de comparaître pour interrogatoire devant un fonctionnaire d'instruction.

Les requérants-demandeurs ont alors déposé une requête visant à obtenir l'annulation des ordonnances rendues *ex parte* par l'honorable juge Marc Nadon ainsi qu'une action visant à déclarer l'alinéa 11(1)a) de la Loi inopérant et les ordonnances émises par le juge Nadon nulles et sans effet.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19).

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19).

On December 17, 1993 The Hon. Marc Nadon granted the applicants-plaintiffs a stay of proceedings until the Court had made a decision on the said orders.

The applicants and the plaintiffs also filed an application for a joint hearing on the ground that the application and the action involved the same parties and raised the same questions of fact and law. This application is allowed, as the Court considers that it is in the interests of justice for these applications and the action to be heard concurrently.

### ISSUES

1. Are the orders made by Nadon J. contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) on the ground that they infringe the right which a suspect has not to incriminate himself at the investigative stage?

2. Is paragraph 11(1)(a) of the *Competition Act* contrary to section 7 of the Charter on the ground that it infringes the right which a suspect has not to incriminate himself at the investigative stage?

3. Alternatively, are the orders an abuse of process?

### ANALYSIS

#### 1. Brief review of right not to incriminate oneself

At common law it suffices to note that the right arose in ecclesiastical proceedings and extended to all answers which exposed a witness to sanctions, penalties or forfeitures. In *Comet Products UK Ltd v Hawkex Plastics Ltd*,<sup>2</sup> Lord Denning M.R. defined the rule as follows:

It is one of the inveterate principles of English law that a party cannot be compelled to discover that which, if answered, would tend to subject him to any punishment, penalty, forfeiture . . . "no one is bound to incriminate himself".

<sup>2</sup> *Comet Products UK Ltd v Hawkex Plastics Ltd*, [1971] 1 All ER 1141 (C.A.), at p. 1144.

Le 17 décembre 1993, l'honorable juge Marc Nadon a accordé aux requérants-demandeurs un sursis des interrogatoires jusqu'à ce que la Cour rende une décision sur lesdites ordonnances.

<sup>a</sup> Les requérants et les demandeurs ont aussi présenté une requête pour audition commune au motif que la requête et l'action opposent les mêmes parties et soulèvent les mêmes questions de faits et de droit. <sup>b</sup> Cette dernière requête est accordée, la Cour étant d'avis qu'il est dans l'intérêt de la justice que ces requêtes et l'action soient entendues simultanément.

### <sup>c</sup> LES QUESTIONS EN LITIGE

1. Les ordonnances émises par le juge Nadon sont-elles contraire à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) au motif qu'elles violent le privilège de non-incrimination d'un suspect au stade de l'enquête?

<sup>e</sup> 2. L'alinéa 11(1)a) de la *Loi sur la concurrence* est-il contraire à l'article 7 de la Charte au motif qu'il viole le privilège de non-incrimination d'un suspect au stade de l'enquête?

<sup>f</sup> 3. Subsidiairement les ordonnances émises constituent-elles un abus de procédure?

### <sup>g</sup> ANALYSE

#### <sup>h</sup> 1. Bref historique du privilège de non-incrimination

En common law, il suffit de rappeler que le privilège a pris naissance en matière ecclésiastique et s'étendait à toutes les réponses qui exposaient un témoin à des sanctions, peines ou renoncements. Dans *Comet Products UK Ltd v Hawkex Plastics Ltd*<sup>2</sup>, lord Denning M.R. a défini la règle comme suit:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Il est bien établi en droit anglais qu'on ne peut pas contraindre une partie à donner, dans le cadre de la procédure de communication de la preuve, une réponse qui l'exposerait à des sanctions, peines ou confiscations . . . «nul n'est tenu de s'incriminer».

<sup>2</sup> *Comet Products UK Ltd v Hawkex Plastics Ltd*, [1971] 1 All ER 1141 (C.A.), à la p. 1144.

This rule applied in Canada until 1893, when Parliament amended it<sup>3</sup> by adoption of the provisions which now make up subsection 4(1) and section 5 of the *Canada Evidence Act*.<sup>4</sup> Section 5 provides that a witness may not refuse to answer a question on the ground that his reply could tend to incriminate him. However, an answer so given may not be used or be admissible against him in subsequent criminal proceedings, other than a prosecution for perjury in the giving of the evidence. Subsection 4(1) provides that every person charged with an offence and the wife or husband of that person is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

The Charter raised these rules to the level of constitutional guarantees in paragraph 11(c) and section 13. The relationship between paragraph 11(c) and section 13 was considered in *Dubois v. The Queen*<sup>5</sup> in which Lamer J. (as he then was) stated at page 356:

A plain reading of s. 13 indicates that the guarantee it provides is directed against self-incrimination through the use of one's previous testimony. It is a very specific form of protection against self-incrimination and must therefore be viewed in the light of two closely related rights, the right of non-compellability and the presumption of innocence, set forth in s. 11(c) and (d) of the *Charter*.

He concluded, at page 358:

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

However, the following question has still to be answered: when paragraph 11(c) and section 13 do not apply, can section 7 offer residual protection against self-incrimination?

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*,<sup>6</sup> the Supreme Court held that sections 8 to 14 are examples of limitations on the right guaranteed by section 7 and provide an

Cette règle prévalait au Canada jusqu'en 1893 où le Parlement l'a modifiée<sup>3</sup> par l'adoption des dispositions qui forment actuellement le paragraphe 4(1) et l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.<sup>4</sup> L'article 5 prévoit qu'un témoin ne peut refuser de répondre à une question au motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer. Cependant une réponse ainsi donnée ne peut être utilisée contre lui ou être admissible contre lui dans les poursuites criminelles subséquentes sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendent ce témoignage. Le paragraphe 4(1) prévoit que toute personne accusée d'infraction, ainsi que le conjoint de cette personne, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée soit seule ou conjointement avec une autre personne.

La Charte viendra consacrer ces règles en garanties constitutionnelles à l'alinéa 11c) et à l'article 13. La relation entre l'alinéa 11c) et l'article 13 fut examinée dans l'affaire *Dubois c. La Reine*<sup>5</sup> où le juge Lamer (maintenant juge en chef) énonce à la page 356:

L'article 13 correctement interprété indique que la garantie qu'il accorde vise à empêcher l'auto-incrimination par l'utilisation d'un témoignage antérieur. C'est une forme de protection très précise contre l'auto-incrimination et elle doit par conséquent être interprétée dans le contexte de deux droits intimement liés, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et la présomption d'innocence établis aux al. 11c) et (d) de la *Charte*.

Il conclut à la page 358:

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et (d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

La question suivante, cependant, restait à trancher: lorsque l'alinéa 11c) et l'article 13 ne s'appliquent pas, l'article 7 peut-il offrir une protection résiduelle contre l'auto-incrimination?

Dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*<sup>6</sup>, la Cour suprême a statué que les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes au droit garanti par

<sup>3</sup> *The Canada Evidence Act*, 1893, S.C. 1893, c. 31.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. C-5 (formerly R.S.C. 1970, c. E-10).

<sup>5</sup> [1985] 2 S.C.R. 350.

<sup>6</sup> [1985] 2 S.C.R. 486.

<sup>3</sup> *Acte de la preuve au Canada*, 1893, S.C. 1893, ch. 31.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. C-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. E-10).

<sup>5</sup> [1985] 2 R.C.S. 350.

<sup>6</sup> [1985] 2 R.C.S. 486.

exceptional indication of the meaning of the phrase "rules of fundamental justice." Lamer J. (as he then was) explained this as follows at page 503 of that judgment:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system.

In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*<sup>7</sup> the Supreme Court ruled on whether a suspect in an administrative investigation had the right to remain silent as well as the right against self-incrimination. It recognized that the specific enumerations in paragraph 11(c) and section 13 do not prevent a conclusion that section 7 confers residual protection. Although the five judges agreed in recognizing that such protection exists, there was no consensus as to its extent.

The question thus remains whether the residual protection against self-incrimination contained in section 7 extends to the suspect at the investigative stage. In the circumstances of the case at bar it should be noted that the persons required to testify at the inquiry are not simply witnesses but actually suspects.

## 2. Extent of residual protection against self-incrimination contained in section 7

It is important at the outset to examine the state of the law on the protection available to a suspect in connection with a criminal investigation. Does he have a right to remain silent like an accused? Does this protection extend to administrative inquiries, and which ones?

### (i) Suspect at stage of criminal investigation

The courts have many times held that the right to silence exists for an accused both in a criminal investigation and at trial.

<sup>7</sup> [1990] 1 S.C.R. 425.

l'article 7 et fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de cette expression «principes de justice fondamentale». Le juge Lamer (maintenant juge en chef) l'expliquait comme suit à la page 503 de ce jugement:

a de ce jugement:

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire.

b

La Cour Suprême a statué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*<sup>7</sup> sur la question à savoir si un suspect dans le cadre d'une enquête administrative jouit du droit de garder le silence ainsi que du privilège contre l'auto-incrimination. Elle a reconnu que les énumérations précises de l'alinéa 11c) et de l'article 13 n'empêchent pas de conclure que l'article 7 accorde une protection résiduelle. Bien que les cinq juges s'entendent pour reconnaître une telle protection, il n'y a pas de consensus sur son étendue.

c

Il reste donc à savoir si la protection résiduelle prévue à l'article 7 contre l'auto-incrimination s'étend au suspect au stade d'une enquête. Dans les circonstances présentes, il faut souligner que les personnes contraintes à témoigner à l'enquête ne sont pas simplement des témoins mais bien des suspects.

d

## 2. Étendue de la protection résiduelle contre l'auto-incrimination prévue à l'article 7

Il est important au départ d'étudier l'état du droit quand à la protection offerte à un suspect dans le cadre d'une enquête criminelle. A-t-il le droit au silence comme l'accusé? Cette protection s'étend-elle aux enquêtes administratives et lesquelles?

e

### i) Le suspect au stade d'une enquête criminelle

Il a été reconnu maintes fois par nos tribunaux que le droit au silence existe pour l'inculpé tant à l'enquête criminelle qu'au procès.

f

<sup>7</sup> [1990] 1 R.C.S. 425.

In *R. v. Chambers*<sup>8</sup> Cory J. noted at page 1315 this fundamental rule of our legal system:

It is now well recognized that there is a right to silence which can properly be exercised by an accused person in the investigative stages of the proceedings.

As regards a suspect, Lamer J. (as he then was), dissenting in *Rothman v. The Queen*,<sup>9</sup> explained the basis of his right to silence as follows at page 683:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-crimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise.

In *R. v. Hebert*<sup>10</sup> the Supreme Court recently confirmed that a suspect who is in custody has a right to silence just as an accused does at any stage of a criminal proceeding.

Similarly, in *Thomson Newspapers* Sopinka J. adopted at page 599 the passage from Martin J.A. in *R. v. Esposito*<sup>11</sup> in support of his assertion that the right to remain silent goes beyond the witnesses' bar. Martin J.A. outlined the scope of this right at page 94:

The right of a suspect or an accused to remain silent is deeply rooted in our legal tradition. The right operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage. [My emphasis.]

(ii) Suspect at stage of administrative inquiry

In *Morena (V.) v. M.N.R.*<sup>12</sup> the plaintiffs were asking the Court to quash a mandatory request for information under subsection 231.2(1) of the *Income Tax Act*<sup>13</sup> and also to rule that this section was inconsis-

Le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Chambers*<sup>8</sup> rappelait à la page 1315 ce principe fondamental de notre système juridique:

Il est maintenant généralement reconnu qu'un inculpé jouit d'un droit de garder le silence qu'il peut légitimement exercer aux stades d'enquête d'un instance.

Quant au suspect, le juge Lamer (maintenant juge en chef) dans l'affaire *Rothman c. La Reine*<sup>9</sup>, où il était dissident, expliquait le fondement de son droit au silence comme suit à la page 683:

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement.

La Cour suprême dans l'affaire *R. c. Hebert*<sup>10</sup> a confirmé récemment que le suspect détenu jouit du droit au silence, comme l'inculpé, à tout stade du processus criminel.

De même, le juge Sopinka dans l'arrêt *Thomson Newspapers* a repris à la page 599 le passage du juge Martin, J.C.A., dans l'affaire *R. v. Esposito*<sup>11</sup> pour appuyer son affirmation que le droit de garder le silence s'étend au delà de la barre des témoins. Le juge Martin, J.C.A., précisait la portée de ce droit à la page 94:

[TRADUCTION] Le droit d'un suspect ou d'un accusé de garder le silence est profondément enraciné dans notre tradition juridique. Dans le processus criminel, le droit en question produit ses effets tant à l'étape de l'enquête qu'à celle du procès. [Mon soulignement.]

h ii) Le suspect au stade de l'enquête administrative

Dans l'affaire *Morena (V.) c. M.R.N.*<sup>12</sup>, les demandeurs cherchaient à faire annuler une demande de renseignement péremptoire en vertu du paragraphe 231.2(1) la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>13</sup> et aussi à

<sup>8</sup> [1990] 2 S.C.R. 1293.

<sup>9</sup> [1981] 1 S.C.R. 640.

<sup>10</sup> [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 161 and 195.

<sup>11</sup> (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.).

<sup>12</sup> [1991] 1 C.T.C. 78 (F.C.T.D.).

<sup>13</sup> R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1; 1986, c. 6, s. 121).

<sup>8</sup> [1990] 2 R.C.S. 1293.

<sup>9</sup> [1981] 1 R.C.S. 640.

<sup>10</sup> [1990] 2 R.C.S. 151, aux p. 161 et 195.

<sup>11</sup> (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.).

<sup>12</sup> [1991] 1 C.T.C. 78 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>13</sup> S.R.C. 1952, ch. 148 (mod. par S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 1; 1986, ch. 6, art. 121).

tent with the Charter. My brother Pinard J. dismissed the appeal on the ground that the investigation was purely administrative. At page 83 he concluded:

It is clear, however, from that judgment [R. v. Chambers] and the rest of the relevant jurisprudence, that the right to remain silent cannot exist if there is not a criminal process, be it at an early or at a later stage, that is really involved. Such right, in my view, has therefore no application to a non-criminal situation, where Parliament has expressly imposed an obligation to respond as in subsection 231.2(1) of the Income Tax Act. [My emphasis.]

However, since *Thomson Newspapers* was not conclusive the question whether a suspect enjoys the right to remain silent and the right against self-incrimination in an administrative inquiry remains open.

In my opinion it is of the first importance to distinguish purely administrative inquiries from those which concern the commission of a criminal offence, since the consequences of the first do not entail the criminal consequences and the stigmas attached to the second.

In *Crain (R. L.) Inc. et al. v. Couture and Restrictive Trade Practices Commission et al.*<sup>14</sup> Scheibel J. does not distinguish an administrative inquiry from a criminal one if the purpose of the inquiry is to obtain evidence which will lead to criminal proceedings. At page 513 he states:

The compelling of a person to assist in an investigation of his own misconduct, of course, does not occur in all administrative inquiries. In my view, this result is dictated only where the administrative body has formed a suspicion that certain persons are involved in criminal activity and the inquiry is used to gather evidence of the criminal activity of those persons. In other words, at least one of the purposes of the inquiry is to assist in the eventual criminal prosecution of specific suspects.

On this point Sopinka J. observed in *Thomson Newspapers*, at page 606, that:

Obtaining evidence from suspects as a basis for commencing criminal proceedings is not a merely incidental effect of s. 17 of the Act. In this field of anti-competitive crime the police work is carried out largely, if not exclusively, by the Director

faire déclarer cet article incompatible avec la Charte. Mon collègue le juge Pinard a rejeté le pourvoi au motif que l'enquête était purement administrative. Il conclut à la page 83:

[TRADUCTION] Il est cependant clair, d'après ce jugement [R. c. Chambers] et le reste de la jurisprudence pertinente que le droit de garder le silence ne peut pas exister en l'absence d'une procédure pénale, qu'elle soit à une étape antérieure ou postérieure. Ce droit, à mon avis, n'a pas d'application dans un cas qui n'est pas de nature pénale, là où le Parlement a expressément imposé l'obligation de répondre, comme dans le cas du paragraphe 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu. [C'est moi qui souligne.]

Cependant, puisque l'affaire *Thomson Newspapers* n'a pas été concluante, la question à savoir si un suspect dans le cadre d'une enquête administrative jouit du droit de garder le silence ainsi que du privilège contre l'auto-incrimination demeure en suspens.

Il est à mon avis primordial de distinguer les enquêtes purement administratives de celles qui portent sur la perpétration d'une infraction criminelle puisque les conséquences pour les premières n'entraînent pas les conséquences pénales et les stigmates qu'y s'y rattachent à la deuxième.

Le juge Scheibel dans l'arrêt *Crain (R. L.) Inc. et al. v. Couture and Restrictive Trade Practices Commission et al.*<sup>14</sup>, ne distingue pas l'enquête administrative de l'enquête criminelle si l'objet de l'enquête est d'obtenir des éléments de preuve qui donneront lieu à des poursuites criminelles. Il déclare à la page 513:

[TRADUCTION] Naturellement, ce n'est pas dans toutes les enquêtes administratives qu'on peut contraindre une personne à aider à faire la lumière sur les agissements qu'on lui reproche. À mon avis, c'est possible seulement dans le cas où l'organisme administratif soupçonne certaines personnes d'être mêlées à une activité criminelle et où l'enquête vise à recueillir des éléments de preuve de leur activité criminelle. Autrement dit, l'un au moins des buts de l'enquête doit être de faciliter d'éventuelles poursuites criminelles contre certains suspects bien déterminés.

Sur ce point, le juge Sopinka affirme à la page 606 dans l'arrêt *Thomson Newspapers* que:

L'obtention par le témoignage de suspects d'éléments de preuve pouvant justifier des poursuites criminelles n'est pas un effet purement accessoire de l'art. 17 de la Loi. Dans le domaine des crimes visant à éliminer la concurrence, le travail

<sup>14</sup> (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (Sask. Q.B.).

<sup>14</sup> (1983), 6 D.L.R. (4th) 478 (B.R. Sask.).



and his staff . . . To this extent, the hearing officer is a policeman armed with a subpoena. [My emphasis.]

Although the purpose of the proceeding at bar is *inter alia* to have the Court find paragraph 11(1)(a) of the *Competition Act* of no force or effect, it is not necessary for the purposes of this proceeding to rule on this point as the orders themselves in my opinion were contrary to the rules of fundamental justice and so in breach of section 7.

La Forest J., who in *Thomson Newspapers* held that a suspect does not have the right to remain silent or the right against self-incrimination in an administrative inquiry, emphasized that he would have the right by judicial review to challenge any possible abuse of the power conferred by section 17 [R.S.C. 1970, c. C-23] (now paragraph 11(1)(a)), and at page 535 concluded that this “provides adequate guarantee [*sic*] against potential abuse of the power s. 17 confers.” The investigative powers of the Director must therefore be exercised with restraint in all cases.

In the circumstances of the case at bar there is no question that the Director has all the information that could lead him to conclude that the applicants-plaintiffs committed a criminal offence. I set out here the key passages of the information:

On July 20, 1993, the Director initiated an inquiry pursuant to s. 10(1)(b)(iii) of the Act concerning the provision by notaries in the Sherbrooke area of Quebec of services connected with real estate transactions between November 1992 and May 1993. The informant is an agent assigned to this inquiry and in that capacity has full knowledge of the case;

The parties concerned in this inquiry are the Association des notaires du district de St-François (hereinafter “the Association”) and its members who in December 1992 signed an agreement to observe minimum fee tariffs;

In February 1993 a consumer in the city of Windsor, Quebec filed a complaint with the Director after he was told by three notaries in the Windsor area that since January 1, 1993 notaries in that area had agreed to set the prices of their professional fees involving real estate transactions;

In the price survey conducted by the informant certain notaries stated that notaries in the St-François district had agreed in

policier est effectué principalement, sinon exclusivement, par le directeur et son personnel . . . Dans cette mesure, le fonctionnaire qui procède à l'enquête est un policier muni d'un subpoena. [Mon soulignement.]

Bien que la présente affaire vise, entre autres, à faire déclarer l'alinéa 11(1)a) de la *Loi sur la concurrence* inopérant, il n'est pas nécessaire pour les fins du présent litige d'en statuer, les ordonnances elles-mêmes étant, à mon avis, contraires aux principes de justice fondamentale et donc en violation de l'article 7.

Le juge La Forest, qui dans l'arrêt *Thomson Newspapers* ne reconnaît pas au suspect ni le droit de garder silence ni le privilège contre l'auto-incrimination dans le cadre d'une enquête administrative, souligne la possibilité de contester par voie de contrôle judiciaire tout abus possible du pouvoir conféré par l'article 17 [S.R.C. 1970, ch. C-23] (maintenant l'alinéa 11(1)a)) et conclut à la page 535 que cela «offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par l'art. 17». Les pouvoirs d'enquête du directeur doivent donc être exercés dans tous les cas avec retenue.

Dans les circonstances du dossier qui nous occupe, il ne fait aucun doute que le directeur a tous les renseignements lui permettant de croire que les requérants-demandeurs ont commis une infraction criminelle. Je reproduis ici les passages clef de la dénonciation:

Le 20 juillet 1993, le Directeur a ouvert une enquête conformément à l'article 10(1)b)(iii) de la Loi au sujet de la fourniture par les notaires de la région de Sherbrooke au Québec de services reliés aux transactions immobilières entre novembre 1992 et mai 1993. Le dénonciateur est l'agent assigné à cette enquête et en cette qualité a pleine connaissance de cette affaire;

Les parties visées par la présente enquête sont l'Association des notaires du district de St-François (ci-après «l'Association») et ses membres qui ont adhéré, en décembre 1992, à une entente pour respecter des tarifs d'honoraires minimums;

En février 1993, un consommateur de la ville de Windsor (Québec) a déposé une plainte auprès du Directeur après qu'il eut été informé par trois notaires de la région de Windsor que depuis le 1er janvier 1993, les notaires de cette région s'étaient entendus pour fixer le prix de leurs honoraires professionnels touchant les transactions immobilières;

Lors de ce sondage de prix effectué par le dénonciateur, certains notaires ont déclaré que des notaires du district de

November 1992 or December 1992 to impose a uniform fee tariff;

A document dated March 15, 1993 and provided by a Sherbrooke notary lists the members of the Association's executive and members of the Association's various committees, including the committee on "coercive measures" and the "rate-setting" committee; the notaries on the "coercive measures" committee were: Charles Samson, Suzanne Leblanc, Claude Gagnon, Michel Lamoureux, Richard Laprise and Claude Turcotte, and the notaries on the "rate setting" committee were Charles Samson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Marie Marier and Michel Lamoureux, as appears from a copy of this list filed in support hereof in Appendix 5;

A review of the information obtained to date indicated that notaries in the St-François district concluded an agreement in December 1992 to apply a minimum tariff for providing services connected with real estate transactions in the St-François district; this information gave the Director reasonable grounds to believe that offences had been committed pursuant to s. 45(1)(c) of the Act;

The following persons signed the "qualifications and hiring memorandum" described in Appendices 1 and 2, as appears in Appendix 3:

- (a) Charles Samson, c/o Samson, Thibodeau, Charron, 455 rue King Ouest, Suite 200, Sherbrooke, Quebec, J1H 6E9
- (b) Marie Marier, c/o Les notaires Marier, 135 St-Lambert, Bromptonville, Quebec, JOB 1H0
- (c) Michel Lamoureux, c/o Lamoureux & Boutin, 520 Bowen Sud, Sherbrooke, Quebec, J1G 2E1
- (d) Denise Cloutier, c/o Lagassé, Bolduc, 455 rue King Ouest, Suite 610, Sherbrooke, Quebec, J1H 6E9
- (e) Claude Gagnon, 204 rue Wellington Nord, Suite 1, Sherbrooke, Quebec, J1H 5C6
- (f) Daniel Tousignant, c/o Paré, Tanguay, 2140 rue King Est, Suite 201, Fleurimont, Quebec, J1H 5H2
- (g) André Robert, c/o Robert & Raymond, 356 rue King Ouest, Suite 301, Sherbrooke, Quebec, J1H 1R4
- (h) Nathalie Poisson, c/o Downey & Poisson, 85 Queen, Lennoxville, Quebec, J1M 1J3
- (i) Richard Laprise, 5104 boul. Bourque, Suite 101, Rock Forest, Quebec, J1N 2K7
- (j) Suzanne Leblanc, 117 rue Wellington Nord, Suite 300, Sherbrooke, Quebec, J1H 5B9
- (k) Armand Bolduc, c/o Lagassé, Bolduc, 455 rue King Ouest, Suite 610, Sherbrooke, Quebec, J1H 6E9
- (l) Marie-Josée Bolduc, c/o Lagassé, Bolduc, 455 rue King Ouest, Suite 610, Sherbrooke, Quebec, J1H 6E9
- (m) Claude Turcotte, 189 avenue St-Jacques, East Angus, Quebec, JOB 1R0
- (n) René Cyr, c/o Bellefeuille & Cyr, 165 Wellington Nord, Suite 100, Sherbrooke, Quebec, J1H 5B9

Additionally, these persons were all part of the executive of the Association des notaires du district de St-François and of

St-François s'étaient entendus, en novembre 1992 ou décembre 1992, pour imposer une grille d'honoraires uniformes;

Un document daté du 15 mars 1993 fourni par un notaire de Sherbrooke fait état de la liste des membres de l'Exécutif de l'Association et des membres des divers comités de l'Association dont le comité des «Mesures coercitives» et le comité de «Tarification». Les notaires faisant partie du comité des «Mesures coercitives» sont: Mes Charles Samson, Suzanne Leblanc, Claude Gagnon, Michel Lamoureux, Richard Laprise et Claude Turcotte et les notaires faisant partie du comité de «Tarification» sont: Mes Charles Samson, Richard Laprise, Suzanne Leblanc, Marie Marier et Michel Lamoureux, tel qu'il appert à la copie de cette liste produite au soutien des présentes à l'annexe 5;

L'examen des renseignements recueillis jusqu'à présent a révélé que les notaires du district de St-François ont conclu un accord en décembre 1992 pour respecter une tarification minimum pour la fourniture de services reliés aux transactions immobilières dans le district de St-François. Cette information a fourni au Directeur des motifs raisonnables de croire que des infractions ont été commises en vertu de l'article 45(1)c) de la Loi;

Les personnes suivantes ont tous adhéré au «protocole de qualité et d'engagement» décrit à l'annexe 1 et 2, tel qu'il apparaît à l'annexe 3:

- a) Me Charles Samson, a/s Samson, Thibodeau, Charron, 455, rue King Ouest, suite 200, Sherbrooke (Québec), J1H 6E9
- b) Me Marie Marier, a/s Les notaires Marier, 135, St-Lambert, Bromptonville (Québec), JOB 1H0
- c) Me Michel Lamoureux, a/s Lamoureux & Boutin, 520, Bowen Sud, Sherbrooke (Québec), J1G 2E1
- d) Me Denise Cloutier, a/s Lagassé, Bolduc, 455, rue King Ouest, suite 610, Sherbrooke (Québec), J1H 6E9
- e) Me Claude Gagnon, 204, rue Wellington Nord, suite 1, Sherbrooke (Québec), J1H 5C6
- f) Me Daniel Tousignant, a/s Paré, Tanguay, 2140, rue King Est, suite 201, Fleurimont (Québec), J1H 5H2
- g) Me André Robert, a/s Robert & Raymond, 356, rue King Ouest, suite 301, Sherbrooke (Québec), J1H 1R4
- h) Me Nathalie Poisson, a/s Downey & Poisson, 85, Queen, Lennoxville (Québec), J1M 1J3
- i) Me Richard Laprise, 5104, boul. Bourque, suite 101, Rock Forest (Québec), J1N 2K7
- j) Me Suzanne Leblanc, 117, rue Wellington Nord, suite 300, Sherbrooke (Québec), J1H 5B9
- k) Me Armand Bolduc, a/s Lagassé, Bolduc, 455, rue King Ouest, suite 610, Sherbrooke (Québec), J1H 6E9
- l) Me Marie-Josée Bolduc, a/s Lagassé, Bolduc, 455, rue King Ouest, suite 610, Sherbrooke (Québec), J1H 6E9
- m) Me Claude Turcotte, 189, avenue St-Jacques, East Angus (Québec), JOB 1R0
- n) Me René Cyr, a/s Bellefeuille & Cyr, 165, Wellington Nord, suite 100, Sherbrooke (Québec), J1H 5B9

En outre, ces personnes font tous partie de l'Exécutif de l'Association des notaires du District de St-François et du

the “coercive measures” committee and/or the “rate setting” committee.

Accordingly, there can be no doubt from reading the information and the evidence in the record that an agreement exists to set prices, that this agreement limits the real estate transaction market and that the applicants-plaintiffs are responsible for it. They are all members of the executive and members of the coercive measures and rate-setting (committees).

When the Director has all this information and corroborating evidence, I find it hard to understand what else he needs from the suspect notaries except to incriminate themselves.

He could have summoned the notaries’ clients or employees of the Bureau d’enregistrement to see what documents had been notarized during this short period, but he chose to summon the suspected notaries. In the circumstances I cannot find any legitimate reason in which the public interest justifies the Director’s application or even the valid objective of preserving and encouraging competition in Canada.

Wigmore on Evidence<sup>15</sup> contains this most relevant comment on the public interest in such a situation:

Any system of administration which permits the prosecution to trust habitually to compulsory self-disclosure as a source of proof must itself suffer morally thereby. The inclination develops to rely mainly upon such evidence, and to be satisfied with an incomplete investigation of the other sources.

The respondents argued that this is an administrative inquiry and that the Director’s powers entail no immediate penal consequences, so that the rules of fundamental justice relied on by the applicants-plaintiffs are not applicable in the case at bar.

There is no doubt in my mind that the Director’s investigation is an integral part of a process leading to an eventual criminal prosecution, in which the applicants-plaintiffs are the prime suspects. In my view this is the kind of situation described by Mac-

<sup>15</sup> Wigmore, John Henry *Evidence in Trials at Common Law*, 3d ed., Boston, Little, Brown Co., 1940, vol. VIII, at p. 309.

comité des «Mesures coercitives» et/ou du comité de «Tarification».

Ainsi, à la lecture de la dénonciation et de la preuve au dossier, il ne fait aucun doute qu’une entente existe pour fixer les prix, que cette entente limite le marché des transactions immobilières et que les requérants-demandeurs en sont les responsables. En effet, ils sont tous membres de l’exécutif et membres des mesures coercitives et de tarification.

Lorsque le directeur a tous ces renseignements et une preuve corroborée, il m’est difficile de comprendre ce qu’il veut obtenir de plus des notaires suspects sauf de venir s’incriminer?

Il lui était loisible de convoquer les clients des notaires ou encore, des employés du Bureau d’enregistrement pour voir quels actes ont été passés pendant cette courte période. Mais il a choisi de convoquer les notaires soupçonnés. Dans les circonstances, je n’ai pu trouver aucun motif légitime où l’intérêt public justifierait la demande du directeur, ni même l’objectif valable de préserver et de favoriser la concurrence au Canada.

On retrouve dans Wigmore on Evidence<sup>15</sup> ce commentaire des plus pertinents sur l’intérêt public dans une telle situation:

[TRADUCTION] Toute administration qui autorise le ministère public à avoir recours habituellement à la divulgation obligatoire par les témoins d’éléments de preuve qui les incriminent se fait elle-même du tort moralement. On viendra à se fier principalement à cette méthode de preuve et à se contenter d’une enquête incomplète des autres sources de preuves.

Les intimés prétendent qu’il s’agit d’une enquête administrative et que les pouvoirs d’enquête du directeur n’entraînent aucune conséquence pénale immédiate de sorte que les principes de justice fondamentale sur lesquelles les requérants-demandeurs se fondent ne trouvent pas d’application en l’espèce.

Il ne fait aucun doute dans mon esprit que l’enquête du directeur est un rouage intégral d’une poursuite criminelle éventuelle dont les requérants-demandeurs sont les suspects principaux. Il s’agit à mon avis d’une situation telle que décrite par le juge

<sup>15</sup> Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, 3<sup>e</sup> ed., Boston, Little, Brown Co., 1940, vol. VIII, à la p. 309.

farlane J. in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.*,<sup>16</sup> at pages 748-749:

I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result would follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness, that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice. [My emphasis.]

Could there be a more obvious case in which a person is required to become his own adversary?

The balance between the rights of government and the individual depends on the particular context to which they apply. As La Forest J. noted in *R. v. Lyons*,<sup>17</sup> at page 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked.

There may be situations in which the interests of the community are greater and exercise of the power of compellability more legitimate. One example would be when combines investigators seek to obtain information from the only persons holding information about transactions which are the subject of the investigation and they seek to obtain information on such transactions in general without being solely concerned with the self-incrimination of these suspects.

However, that is not the case here. Based on the circumstances established by the information and the evidence in the record, the Director in my opinion has already concluded that criminal offences were committed by the applicants-plaintiffs and their own testimony can only add to the evidence of their misconduct.

In other words, when there is a certainty that the suspect is the person who will be charged and his testimony will not serve to assist the conduct of the

Macfarlane aux pages 748 et 749 dans l'arrêt *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Group Inc.*<sup>16</sup>:

[TRADUCTION] Je suis d'accord que, si les procédures n'avaient d'autres objet que de réunir les éléments de preuve à l'appui d'une accusation ou de faciliter l'engagement de poursuites criminelles contre le témoin, on pourrait soutenir que ce témoin ne devrait pas être contraint à révéler des renseignements susceptibles d'entraîner une déclaration de culpabilité contre lui. Toutefois, selon moi, il n'en serait ainsi que si les procédures au cours desquelles ce témoignage a été donné étaient tellement dépourvues de toute fin publique légitime et si délibérément conçues pour faciliter l'engagement de poursuites contre le témoin qu'il serait injuste de permettre qu'elles continuent. Dans de pareilles circonstances, la continuation des procédures pourrait être considérée comme une violation des principes de justice fondamentale. [C'est moi qui souligne.]

Peut-on imaginer un cas plus flagrant où une personne est contrainte à devenir son propre adversaire.

L'équilibre entre les droits de l'État et un de l'individu dépend du contexte particulier dans lequel il s'inscrit. Comme le rappelait le juge La Forest à la page 361 dans l'arrêt *R. c. Lyons*<sup>17</sup>:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elle varient selon le contexte dans lequel on les invoque.

Peut-être y a-t-il des situations où l'intérêt de la collectivité sera plus grand et l'exercice du pouvoir de contraignabilité plus légitime. Un exemple serait lorsque les enquêteurs en matière de coalitions cherchent à se renseigner auprès des seules personnes qui détiennent des renseignements au sujet des transactions qui font l'objet de l'enquête et qu'ils cherchent à obtenir des renseignements en général sur ces transactions sans viser uniquement l'auto-incrimination de ces suspects.

Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Face aux circonstances établies par la dénonciation et la preuve au dossier, le directeur à mon avis a déjà conclu à la commission d'actes criminels de la part des requérants-demandeurs et leur propre témoignage ne peut qu'assister à la preuve de leur inconduite.

En d'autres mots, lorsque l'on a acquis la certitude que le suspect est celui qui sera accusé, et que son témoignage ne vise pas à assister à la conduite de

<sup>16</sup> (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.).

<sup>17</sup> [1987] 2 S.C.R. 309.

<sup>16</sup> (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.).

<sup>17</sup> [1987] 2 R.C.S. 309.

investigation in general but rather his own prosecution, the suspect should not be compelled to testify. That is a rule of fundamental justice.

I feel the situation is one in which the Government has made a wrongful use of its power against the individual. Accordingly, section 7 of the Charter exists to restore the balance.

In *Hebert*, McLachlin J. sums up as follows at page 180:

The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. Too much emphasis on either of these purposes may bring the administration of justice into disrepute—in the first case because the state has improperly used its superior power against the individual, in the second because the state's legitimate interest in law enforcement has been frustrated without proper justification.

### CONCLUSION

I therefore conclude that the orders made against the applicants-plaintiffs infringe section 7 of the Charter and I find them to be null and void.

The application for a joint hearing is allowed. The application to quash the orders made by The Hon. Marc Nadon and the part of the action asking the Court to declare those orders null and void are allowed. The part of the action asking the Court to rule that paragraph 11(1)(a) of the Act is of no force or effect is dismissed. Costs are awarded to the applicants-plaintiffs.

l'enquête en général mais bien à sa propre poursuite, le suspect ne devrait pas être contraint à témoigner. Ceci est un principe de justice fondamentale.

Je pense qu'il s'agit d'une situation où l'État a fait un usage abusif de son pouvoir contre l'individu. L'article 7 de la Charte nous permet donc de rétablir l'équilibre.

Le juge McLachlin, à la page 180 dans l'arrêt *Hebert*, résume comme suit:

Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou à l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice—dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable.

### CONCLUSION

Je conclus en conséquence que les ordonnances émises contre les requérants-demandeurs violent l'article 7 de la Charte et les déclare nulles et sans effet.

La requête pour audition commune est accueillie. La requête visant l'annulation des ordonnances rendues par l'honorable juge Marc Nadon et la partie de l'action visant à déclarer ces ordonnances émises nulles et sans effet sont accueillies. La partie d'action visant à déclarer l'alinéa 11(1)a) de la Loi inopérant est rejetée. Les dépens sont adjugés en faveur des requérants-demandeurs.

T-2794-93

T-2794-93

**Dr. Fred G. Peet** (*Applicant*) (*Motion Respondent*)**D<sup>r</sup> Fred G. Peet** (*requérant*) (*intimé à la requête*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*) (*Motion Applicant*)<sup>a</sup> **Le procureur général du Canada** (*intimé*) (*requérant à la requête*)

and

et

**Deputy Minister of the Department of Natural Resources Canada** (previously **Forestry Canada**) (*Intervenor*)<sup>b</sup> **Sous-ministre de Ressources naturelles Canada** (anciennement **Forêts Canada**) (*intervenant*)*INDEXED AS: PEET v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)*<sup>c</sup> *RÉPERTORIÉ: PEET c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Calgary, April 20, 1994.

Section de première instance, juge Reed—Calgary, 20 avril 1994.

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Motion to strike application to quash Deputy Minister's decision applicant in breach of Conflict of Interest Code — Code requiring public servants to divest assets determined to constitute conflict of interest or face possible disciplinary action, including discharge — Code issued by Treasury Board pursuant to authority under Financial Administration Act, not promulgated by order in council — Respondent arguing Court lacking jurisdiction as Code mere administrative directive, not law — Motion dismissed — Internal administrative directives may form basis of public duty at law — Not all duties imposed expressly — Implied duty enforceable — Impugned decision having serious consequences — Such decisions traditionally subject to judicial review.*

<sup>d</sup> *Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Requête en radiation de la demande visant l'annulation de la décision du sous-ministre qui a conclu que le requérant avait contrevenu au Code régissant les conflits d'intérêts — Code exigeant des fonctionnaires qu'ils se dessaisissent de biens lorsqu'il est jugé qu'ils comportent un risque de conflit d'intérêts, et prévoyant, en cas de contravention, des mesures disciplinaires, y compris le renvoi — Code établi par le Conseil du Trésor conformément à son pouvoir en vertu de la Loi sur la gestion des finances publiques, non promulgué par décret — L'intimé soutient que la Cour n'a pas compétence puisque le Code est une simple directive administrative et non une loi — Requête rejetée — Les directives administratives internes peuvent constituer le fondement d'une obligation publique en droit — Les obligations ne sont pas toutes expresses — Une obligation implicite a néanmoins force exécutoire — La décision <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> *attaquée comporte des conséquences sérieuses — Ces décisions font traditionnellement l'objet de contrôle judiciaire.**

*Public Service — Conflict of Interest Code — Issued by Treasury Board under Financial Administration Act, not promulgated by order in council — Decisions thereunder subject to judicial review as (1) enforceable implied duty, (2) having serious consequences (possible loss of employment or loss of business where conflict of interest determined).*

<sup>h</sup> *Fonction publique — Code régissant les conflits d'intérêts — Code établi par le Conseil du Trésor conformément à son pouvoir en vertu de la Loi sur la gestion des finances publiques, non promulgué par décret — Décisions rendues sous son régime susceptibles de contrôle judiciaire (1) en tant qu'obligation implicite ayant force exécutoire, (2) ayant des conséquences sérieuses (perte d'emploi ou perte de l'entreprise lorsqu'il est jugé qu'il y a conflit d'intérêts).*

<sup>i</sup> This was a motion to strike out an application to quash the decision of the Deputy Minister of Forestry Canada that the applicant's operation of two companies was in breach of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*. The respondent submitted that the Court had no jurisdiction over that decision because the Code is not law. It was issued by Treasury Board pursuant to its authority under the *Financial Administration Act*, unlike earlier Guidelines which had been promulgated by order in council and clearly had the

<sup>j</sup> Il s'agit d'une requête en radiation d'une demande visant l'annulation de la décision du sous-ministre de Forêts Canada, qui a conclu que l'exploitation par le requérant de deux sociétés contrevenait au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*. L'intimé soutient que la Cour n'a pas compétence sur cette décision parce que le Code n'est pas une loi. Le Code a été établi par le Conseil du Trésor conformément à son pouvoir en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, contrairement

force of law. The respondent argued that the Code was merely an administrative directive and that decisions made thereunder were not subject to judicial review. The Code requires employees to divest assets where it has been determined that they constitute a conflict of interest. Failure to comply can result in disciplinary action including discharge.

*Held*, the motion should be dismissed.

The Court had jurisdiction herein.

In *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* the majority of the Federal Court of Appeal held that internal administrative directives could form the basis of a public duty at law. Not all duties imposed by law are express. An implied duty is nonetheless enforceable. The Code in this case is even closer to being "implied" or "quasi-legislation" than was the case in *Nguyen*, which dealt with the Immigration Manual.

The decision which was sought to be reviewed carried very serious consequences for the applicant: the loss of his job or the divestiture or closing down of his business. Decisions having these kind of consequences have traditionally been subject to judicial review.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem.* s. 4).

*Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7.

*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 5(2), 7(1), 11(2).

*Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29(3).

*Public Servants Conflict of Interest Guidelines*, SI/74-2.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 232 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied 17/2/94, [1994] S.C. Bulletin 237; *Inuit Tapirisat of Canada v. The Right Honourable Jules Léger*, [1979] 1 F.C. 710 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41; (1986), 68 N.R. 143 (C.A.).

aux directives antérieures qui avaient été promulguées par décret et qui avaient clairement force de loi. L'intimé soutient que le Code serait simplement une directive administrative et les décisions auxquelles il donne lieu ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire. Le Code exige des employés qu'ils se dessaisissent de biens lorsqu'il est jugé qu'ils comportent un risque de conflit d'intérêts. Tout employé qui ne se conforme pas à cette directive s'expose à des mesures disciplinaires, y compris le renvoi.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

*b* La Cour a compétence en l'espèce.

Dans l'arrêt *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a conclu que les directives administratives internes pouvaient constituer le fondement d'une obligation publique en droit. Les obligations imposées par la loi ne sont pas toutes expresses. Une obligation implicite a néanmoins force exécutoire. Le Code en l'espèce constitue davantage un texte législatif «implicite» ou quasi législatif que ce n'était le cas dans l'arrêt *Nguyen*, dans lequel il s'agissait d'un Manuel d'immigration.

*d* La décision que l'on veut faire réviser en l'espèce comporte de très sérieuses conséquences pour le requérant: la perte de son emploi ou la cession forcée ou encore la fermeture de son entreprise. Les décisions entraînant ce type de conséquences ont traditionnellement donné lieu à un contrôle judiciaire.

#### *e* LOIS ET RÈGLEMENTS

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.

*f* *Lignes directrices au sujet des conflits d'intérêts touchant les fonctionnaires*, TR/74-2.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem.* art. 4).

*g* *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 18.

*Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10, art. 7.

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 5(2), 7(1), 11(2).

*h* *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6, art. 29(3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232 (C.A.); autorisation de pourvoi refusée le 17-2-94, [1994] Bulletin C.S. 237; *Inuit Tapirisat of Canada c. Le Très honorable Jules Léger*, [1979] 1 C.F. 710 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 1 C.F. 41; (1986), 68 N.R. 143 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Peet and Treasury Board (Forestry Canada)*, [1993] C.P.S.S.R.B. No. 133 (QL).

## REFERRED TO:

*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; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 164 N.R. 342 (C.A.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *McCarthy v. Attorney General of Canada*, [1981] 1 F.C. 309; (1980), 114 D.L.R. (3d) 77; 80 CLLC 14,061 (C.A.); *Saskatchewan Teachers' Federation v. Munro* (1993), 15 Admin. L.R. (2d) 307 (Sask. C.A.); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

## AUTHORS CITED

Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 1. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.

Treasury Board of Canada. *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1985.

MOTION to strike out an application for judicial review of a Deputy Minister's decision that the applicant was in breach of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service* on the ground that the decision was not subject to judicial review because the Code was not law. Motion dismissed.

## COUNSEL:

*Peter J. Barnacle* for applicant (motion respondent).

*Yvonne E. Milosevic* for respondent (motion applicant).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Peet et le Conseil du Trésor (Forêts Canada)*, [1993] C.R.T.F.P.C. n° 133 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES:

*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; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 164 N.R. 342 (C.A.); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *McCarthy c. Le procureur général du Canada*, [1981] 1 C.F. 309; (1980), 114 D.L.R. (3d) 77; 80 CLLC 14,061 (C.A.); *Saskatchewan Teachers' Federation v. Munro* (1993), 15 Admin. L.R. (2d) 307 (C.A. Sask.); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

## DOCTRINE

Conseil du Trésor du Canada. *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique*. Ottawa: Approvisionnements et Services, 1985.

Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2e éd., t. 1, Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984.

REQUÊTE en radiation d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du sous-ministre portant que le requérant avait contrevenu au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique* au motif que la décision n'était pas susceptible de contrôle judiciaire parce que le Code n'est pas une loi. Requête rejetée.

## AVOCATS:

*Peter J. Barnacle* pour le requérant (intimé à la requête).

*Yvonne E. Milosevic* pour l'intimé (requérant à la requête).



## SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for applicant (motion respondent).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (motion applicant).

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

REED J.: The respondent brings a motion to have this application struck out on the ground that this Court has no jurisdiction over the decision in question. The decision was made by the Deputy Minister of Forestry Canada on February 5, 1993. He found the applicant to be in breach of the *Conflict of Interest and Post-Employment Code for the Public Service* (Code). The action of the applicant, which it is alleged conflicts with the Code, is his operation of two companies: Eidetic Digital Imaging and Eidetic Imaging Ltd. The applicant alleges bad faith on the part of the decision maker, that an unfair procedure was followed and that the Code was improperly applied.

The respondent argues that this Court has no jurisdiction over the applicant's motion to have the Deputy Minister's decision quashed because the Code is not law. It is argued that the Code is merely an administrative managerial directive and that decisions made thereunder are not subject to judicial review.

The Code was issued by Treasury Board pursuant to its authority under the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11:

5. . . .

(2) The Treasury Board shall, in addition to the President of the Treasury Board, consist of the Minister and four other members of the Queen's Privy Council for Canada to be nominated from time to time by the Governor in Council.

. . . .

7. (1) The Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to

(a) general administrative policy in the public service of Canada;

. . . .

## PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour le requérant (intimé à la requête).

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé (requérant à la requête).

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

LE JUGE REED: L'intimé dépose une requête en radiation de la présente demande au motif que notre Cour n'aurait pas compétence sur la décision prise le 5 février 1993 par le sous-ministre de Forêts Canada. Ce dernier a conclu que le requérant avait contrevenu au *Code régissant les conflits d'intérêts et l'après-mandat s'appliquant à la fonction publique* (le Code). L'acte reproché au requérant est l'exploitation de deux sociétés: Eidetic Digital Imaging et Eidetic Imaging Ltd. Le requérant soutient qu'il y a eu mauvaise foi de la part du décideur, que la procédure suivie a été inéquitable et que le Code a été mal appliqué.

L'intimé soutient que notre Cour n'a pas compétence sur la requête en annulation de la décision du sous-ministre parce que le Code n'est pas une loi. Le Code serait simplement une directive administrative de gestion et les décisions auxquelles il donne lieu ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire.

Le Code a été établi par le Conseil du Trésor conformément à son pouvoir en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11:

5. . . .

(2) Le Conseil du Trésor se compose, en plus de son président, du ministre et de quatre autres membres, ou conseillers, choisis par le gouverneur en conseil au sein du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

i

. . . .

7. (1) Le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard des questions suivantes:

a) les grandes orientations applicables à l'administration publique fédérale;

. . . .

(e) personnel management in the public service of Canada, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed therein; and

(f) such other matters as may be referred to it by the Governor in Council.

11. . . .

(2) Subject to the provisions of any enactment respecting the powers and functions of a separate employer but notwithstanding any other provision contained in any enactment, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, and without limiting the generality of sections 7 to 10,

(f) establish standards of discipline in the public service and prescribe the financial and other penalties, including suspension and discharge, that may be applied for breaches of discipline or misconduct, and the circumstances and manner in which and the authority by which or whom those penalties may be applied or may be varied or rescinded in whole or in part;

(i) provide for such other matters, including terms and conditions of employment not otherwise specifically provided for in this subsection, as the Treasury Board considers necessary for effective personnel management in the public service.

The first section of the Code states:

1. This Code for the Public Service is designed to bring to the attention of all public servants for whom Treasury Board represents the government as the employer the provisions of the recently announced Conflict of Interest and Post-Employment Code for Public Office Holders, which was tabled by the Prime Minister in the House of Commons on September 9, 1985.

The particular provisions of the Code referred to by the Deputy Minister in making his decision are:

6. Every employee shall conform to the following principles:  
(a) employees shall perform their official duties and arrange their private affairs in such a manner that public confidence and trust in the integrity, objectivity and impartiality of government are conserved and enhanced;

(d) on appointment to office, and thereafter, employees shall arrange their private affairs in a manner that will prevent real, potential or apparent conflicts of interest from arising, but if such a conflict does arise between the private interests of an employee and the official duties and responsibilities of that employee, the conflict shall be resolved in favour of the public interest;

e) la gestion du personnel de l'administration publique fédérale, notamment la détermination de ses conditions d'emploi;

f) les autres questions que le gouverneur en conseil peut lui renvoyer.

11. . . .

(2) Sous réserve des seules dispositions de tout texte législatif concernant les pouvoirs et fonctions d'un employeur distinct, le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, notamment de relations entre employeur et employés dans la fonction publique:

f) établir des normes de discipline dans la fonction publique et prescrire les sanctions pécuniaires et autres, y compris la suspension et le congédiement, susceptibles d'être appliquées pour manquement à la discipline ou pour inconduite et indiquer dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs ces sanctions peuvent être appliquées, modifiées ou annulées, en tout ou en partie;

i) réglementer les autres questions, notamment les conditions de travail non prévues de façon expresse par le présent paragraphe, dans la mesure où il l'estime nécessaire à la bonne gestion du personnel de la fonction publique.

L'article premier du Code prévoit:

1. Le présent document vise à porter à l'attention de tous les fonctionnaires pour qui le Conseil du Trésor représente le gouvernement à titre d'employeur les dispositions du code régissant la conduite des titulaires de charge publique en ce qui concerne les conflits d'intérêts et l'après-mandat, que le Premier ministre a déposé à la Chambre des communes le 9 septembre 1985.

En prenant sa décision, le sous-ministre s'est tout particulièrement fondé sur les dispositions suivantes du Code:

6. Chaque employé doit se conformer aux principes suivants:  
a) il doit exercer ses fonctions officielles et organiser ses affaires personnelles de façon à préserver et à faire accroître la confiance du public dans l'intégrité, l'objectivité et l'impartialité du gouvernement;

d) dès sa nomination, et en tout temps par la suite, il doit organiser ses affaires personnelles de manière à éviter les conflits d'intérêts réels, potentiels ou apparents; l'intérêt public doit toujours prévaloir dans les cas où les intérêts du titulaire entrent en conflit avec ses fonctions officielles;

Prior to the adoption of the Code, conflict of interest in the public service was governed by the *Public Servants Conflict of Interest Guidelines* ("Guidelines"). These were promulgated by order in council (SI/74-2, January 9, 1974) and thus there was no doubt they had the force of law. Counsel for the respondent argues that with the revocation of the Guidelines, and with the adoption in their place of the Code, conflict of interest ceased to be governed by provisions having the force of law. Counsel notes, ironically, that what carried the title of "Guidelines" had the force of law because they were promulgated as such, while what carries the title "Code" is not law because it has not been so established. A somewhat backwards use of language?

It is argued that the Code falls within the ambit of the following description, found in Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., 1985, vol. 1, at pages 338-339:

When a government considers it necessary to regulate a situation through norms of behaviour, it may have a law passed or make a regulation itself, or act administratively by means of directives. In the first case, it is bound by the formalities surrounding the legislative or regulatory process; conversely, it knows that once these formalities have been observed, the new norms will come within a framework of "law" and that by virtue of the Rule of Law they will be applied by the courts. In the second case, that is, when it chooses to proceed by way of directives, whether or not they are authorized by legislation, it opts instead for a less formalized means based upon hierarchical authority, to which the courts do not have to ensure obedience. To confer upon a directive the force of a regulation is to exceed legislative intent. It is said that the Legislature does not speak without a purpose; its implicit wish to leave a situation outside the strict framework of "law" must be respected. [Underlining added.]

The above quotation from Dussault and Borgeat was cited in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at page 36. It was quoted as being a description of ministerial directives different from the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* [SOR/84-467] ("EARP Guidelines") which were under discussion in that case. These were held to have the force of law, despite being called guidelines, because they were framed in mandatory language and had been promulgated by order in council.

Avant l'adoption du Code, la question des conflits d'intérêts était régie par les *Lignes directrices au sujet des conflits d'intérêts touchant les fonctionnaires* («les Lignes directrices»). Ces lignes directrices avaient été promulguées par décret (TR/74-2, 9 janvier 1974) et il n'y a pas de doute qu'elles avaient force de loi. Selon l'avocat de l'intimé, depuis l'abrogation de ces lignes directrices et l'adoption du Code, la question des conflits d'intérêts a cessé d'être régie par un texte ayant force de loi. Ironiquement, l'avocat fait remarquer que les Lignes directrices avaient force de loi parce qu'elles avaient été promulguées comme telles, et que le Code n'est pas un texte législatif parce qu'il n'a pas été ainsi établi. Ne serait-ce pas une interprétation quelque peu rétrograde?

On soutient que le Code est visé par la description que donnent Dussault et Borgeat dans le *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, t. 1, à la page 429:

Lorsqu'un gouvernement juge nécessaire de régir une situation par des normes de comportement, il peut faire adopter une loi ou édicter lui-même un règlement, ou bien procéder administrativement par voie de directives. Dans le premier cas, il doit s'astreindre aux formalités de l'adoption des lois et des règlements; par contre, il sait que, une fois ces formalités respectées, les nouvelles normes entreront dans le cadre de la «légalité» et qu'en vertu de la *Rule of law* elles seront appliquées par les tribunaux. Dans le second cas, c'est-à-dire s'il choisit de procéder par directives, que celles-ci soient ou non autorisées législativement, il opte plutôt pour la voie moins formalisée de l'autorité hiérarchique, dont les tribunaux n'ont pas à assurer le respect. Attribuer à des directives l'effet de règlements, c'est aller au-delà de l'intention du législateur. Celui-ci ne parlant pas pour ne rien dire, il faut respecter sa volonté implicite de laisser une situation hors du cadre strict de la «légalité». [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la page 36, la Cour suprême du Canada a aussi reproduit cette citation pour décrire la distinction qui existe entre des directives ministérielles et le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* [DORS/84-467] («Lignes directrices sur le PEE») dont il était question dans cet arrêt. La Cour suprême a statué que ces lignes directrices avaient force de loi, malgré leur appellation, parce qu'elles étaient formulées en termes impératifs et avaient été promulguées par décret.

It is argued that the provisions of the present Code are administrative directives, similar to those under discussion in the Dussault and Borgeat text and in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2. It is argued that they are not like the EARP Guidelines discussed in the *Friends of the Oldman River Society* case. I should note as well that directives similar to those which were under discussion in *Maple Lodge Farms* have more recently, again, been the subject of a decision in *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247 (C.A.).

The respondent relies as well on the decision in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118. In that case the Court was discussing decisions taken pursuant to directives which had been issued by the Commissioner of Penitentiaries. The Commissioner's authority to issue these directives derived from subsection 29(3) of the *Penitentiary Act* [R.S.C. 1970, c. P-6]. The majority of the Court, at page 129, held that a review of the decision in question was not within the jurisdiction of the Federal Court of Appeal because the directives were administrative and did not have the force of law:<sup>1</sup>

<sup>1</sup> The statute provides for sanction by fine or imprisonment. What was said by the Privy Council with respect to orders in council under the *War Measures Act* in the *Japanese Canadians* case, at p. 107, would be applicable:

The legislative activity of Parliament is still present at the time when the orders are made, and these orders are "law".

I do not think the same can be said of the directives. It is significant that there is no provision for penalty and, while they are authorized by statute, they are clearly of an administrative, not a legislative, nature. It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives but in his administrative capacity. I have no doubt that he would have the power of doing it by virtue of his authority without express legislative enactment. It appears to me that s. 29(3) is to be considered in the same way as many other provisions of an administrative nature dealing with departments of the administration which merely spell out administrative authority that would exist even if not explicitly provided for by statute.

(Continued on next page)

On soutient d'une part, que les dispositions du présent Code sont des directives administratives, semblables à celles dont il est question dans l'ouvrage de Dussault et Borgeat et dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, et d'autre part, qu'elles ne sont pas comme les Lignes directrices sur le PEEE dont il était question dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society*. Je tiens aussi à faire remarquer que des directives semblables à celles dont il était question dans l'arrêt *Maple Lodge Farms* ont récemment fait l'objet d'une décision: *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.).

L'intimé invoque aussi l'arrêt *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118. Dans cet arrêt, la Cour suprême devait se prononcer sur des décisions prises conformément à des directives établies par le commissaire des pénitenciers. Le pouvoir du commissaire reposait sur le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* [S.R.C. 1970, ch. P-6]. La Cour à la majorité, à la page 129, a conclu que la révision de la décision ne relevait pas du pouvoir de la Cour d'appel fédérale parce qu'il s'agissait de directives administratives qui n'avaient pas force de loi<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> La loi en vertu de laquelle ils sont pris prévoit des sanctions par amende ou emprisonnement. Il convient de citer ici ce que disait le Conseil privé dans l'arrêt *Japanese Canadians* à propos des décrets adoptés en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, à la p. 107:

[TRADUCTION] C'est encore l'activité législative du Parlement qui s'exerce au moment où les décrets sont adoptés et ces décrets sont des «lois».

Je ne pense pas que l'on puisse dire la même chose des directives. Il est significatif qu'il n'est prévu aucune sanction pour elles et, bien qu'elles soient autorisées par la Loi, elles sont nettement de nature administrative et non législative. Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse. À mon avis, le par. 29(3) doit être considéré de la même manière que bien d'autres dispositions de nature administrative concernant les services de l'administration et qui énoncent simplement un pouvoir administratif qui existerait même en l'absence d'une disposition expresse de la Loi.

(Suite à la page suivante)

I have not been persuaded by the respondent's arguments, in so far as they rely on the Dussault and Borgeat text or on the *Martineau* decision. The passage quoted from the Dussault and Borgeat text must be placed in context. The text, at pages 339-340, continues:

Courts have contributed much to date to the understanding of this concept. Certain principles, however, appear to be still somewhat fragile and should eventually be clarified. Courts must be careful when examining the characteristics of directives, firstly because they are so varied, but also because to categorize them too quickly or too simply might paralyze [sic] the Administration's activity or infringe the rights of citizens.

This is a new phenomenon which still eludes rigorous analysis; it must not be sandwiched too quickly into rigid categories within existing law. The definition of directives raises obvious conceptual difficulties. Nevertheless, these difficulties should not prevent the evolution of a very useful concept, which exists on the borderline between the normative and decision-making, between the legislative and the administrative spheres. Therefore, we must avoid going astray, as D. Mockle considers English authors to have done in their approach to directives: "Rather than struggling to assign directives to an original category, they seek to treat them as regulations, perceiving them to be just another form of delegated legislation" [Tr.]

This has been a very brief summary of the major aspects of regulation-making power in Canada and in Quebec. Although subordinate legislation comes in different names, this variety in terminology has no legal consequences, since all these measures have the same legal effect, as C.K. Allen remarks: "In any case, the distinction is one of name rather than of substance, since there is no difference in actual legal validity between these variously named sublaws . . ." Therefore, in order to avoid a multiplicity of terms which would be completely pointless, we will now speak of "regulation", in the broad sense, to refer to the entire category of true delegated legislation. [Footnotes omitted; underlining added.]

In so far as the *Martineau* case is concerned, while the Supreme Court held that the decision in question was not reviewable by the Federal Court of Appeal,

(Continued from previous page)

In my opinion it is important to distinguish between duties imposed on public employees by statutes or regulations having the force of law and obligations prescribed by virtue of their condition of public employees. The members of a disciplinary board are not high public officers but ordinarily civil servants. The Commissioner's directives are no more than directions as to the manner of carrying out their duties in the administration of the institution where they are employed. [Footnote omitted.]

Je ne suis pas convaincue par les arguments que l'intimé soulève en se fondant sur l'ouvrage de Dussault et de Borgeat ou sur l'arrêt *Martineau*. Il faut situer dans son contexte le passage tiré de l'ouvrage de Dussault et de Borgeat. Voici comment poursuivent les auteurs aux pages 430 et 431:

Les tribunaux ont beaucoup contribué jusqu'ici à la compréhension de ce concept. Certains principes paraissent cependant fragiles et pourraient éventuellement être nuancés. Les tribunaux doivent être prudents lorsqu'ils examinent le caractère de ces textes, d'abord parce qu'ils sont fort divers, mais aussi parce que les cataloguer trop rapidement ou trop simplement pourrait paralyser l'activité de l'Administration ou porter atteinte aux droits des citoyens.

Il s'agit d'un phénomène nouveau qui échappe encore à une analyse très rigoureuse et qu'il ne faut pas enfermer trop rapidement dans les catégories rigides du droit existant. La définition des directives pose au droit des difficultés conceptuelles évidentes. Il ne faudrait pas, pour cela, empêcher l'évolution d'un concept très utile, à la frontière du normatif et du décisionnel, du législatif et de l'administratif. Il faut ainsi éviter le travers que dénonçait D. Mockle chez les auteurs britanniques dans leur approche des directives: «Plutôt que de s'ingénier à leur assigner une place originale, ils cherchent à les assimiler aux actes réglementaires en les percevant comme une autre forme de la *législation déléguée*.»

Voilà donc, brièvement résumées, les principales manifestations du pouvoir réglementaire au Canada et au Québec. Quoique les textes réglementaires reçoivent différents noms, cette variété terminologique n'entraîne aucune conséquence juridique, puisque tous ces textes réglementaires ont la même valeur légale, comme le remarquer C. K. Allen: "In any case, the distinction is one of name rather than of substance, since there is no difference in actual legal validity between these variously named sublaws (. . .)" Aussi, pour éviter une multiplicité de termes tout à fait inutile, nous parlerons maintenant de «règlement», au sens large, pour désigner l'ensemble des textes véritablement réglementaires. [Omission des notes en bas de page; c'est moi qui souligne.]

En ce qui concerne l'arrêt *Martineau*, bien que la Cour suprême ait conclu que la décision en question n'était pas susceptible de révision par la Cour d'appel

(Suite de la page précédente)

Il est, à mon avis, important de distinguer les devoirs imposés aux employés de l'État par une loi ou un règlement ayant force de loi, des obligations qui leur incombent en qualité d'employés de l'État. Les membres d'un comité de discipline ne sont habituellement pas de hauts fonctionnaires publics mais de simples employés de l'administration. Les directives du commissaire ne sont rien de plus que des instructions relatives à l'exécution de leurs fonctions dans l'institution où ils travaillent. [Omission de la note en bas de page.]

because it had not been made pursuant to directives which had the force of law, the subsequent decision *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, held that the decision in question was reviewable by the Trial Division, pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], as an administrative decision which must be made fairly.

I agree that the Code does not have the same status as the EARP Guidelines. The Code was not promulgated by order in council. But, I do not think that ends the matter. In *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 232, the Federal Court of Appeal held that internal administrative directives could form the basis of a public duty at law. One of the members of the Court, dissenting [at page 243], held an opposite view. He was of the opinion that the administrative manual in question did not have the force of law. Mr. justice Hugessen however, writing for the majority, discussed the status of the directives [at page 245]: “[N]ot all duties imposed by law are express. An implied duty is nonetheless enforceable.” He found, on behalf of the majority of the Court, that the Immigration Manual which was being used by officials of the Department of Employment and Immigration supported the imposition of a duty on the officials in question and thus an order of *mandamus* with respect thereto issued. An application for leave to appeal that decision has recently been dismissed by the Supreme Court (S.C. No. 23834, February 17, 1994) [[1994] S.C. Bulletin 237]. I am of the view that the Code in this case is even closer to being “implied” or “quasi-legislation”, than was the case in *Nguyen*.

Counsel for the applicant referred to *Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41 (C.A.). In that case, as page 48, the Federal Court of Appeal referred to the then conflict directives which had been issued pursuant to section 7 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10. The Court of Appeal characterized them as “Personnel Bulletins having the force of law”. I am not sure that this assists the applicant to any great extent. While those directives had the same legal status as the present Code, in that they were issued pursuant to section 7 of the *Financial Administration Act*, their content

fédérale, parce qu’elle n’avait pas été prise conformément à des directives qui avaient force de loi, elle a, dans l’arrêt subséquent *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, statué qu’une telle décision pouvait être révisée par la Section de première instance, en conformité avec l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], en tant que décision administrative qui doit être prise équitablement.

Je reconnais que le Code n’a pas le même statut que les Lignes directrices sur le PEEE. Ce code n’a pas été promulgué par décret. Cependant, je ne crois pas que cela clôt la discussion. Dans l’arrêt *Nguyen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 232, la Cour d’appel fédérale a conclu que les directives internes administratives pouvaient constituer le fondement d’une obligation publique en droit. L’un des membres de la Cour (dissident) [à la page 243] était d’avis contraire. Selon lui, le manuel administratif en question n’avait pas force de loi. Cependant, le juge Hugessen, s’exprimant au nom de la majorité, a examiné le statut des directives [à la page 245]: «[L]es obligations imposées par la loi ne sont pas toutes expresses. Une obligation implicite a néanmoins force exécutoire». Il a précisé que le Guide d’immigration employé par les fonctionnaires du ministère de l’Emploi et de l’Immigration imposait un devoir aux fonctionnaires en question, et il a rendu une ordonnance de *mandamus*. La Cour suprême a récemment rejeté la demande d’autorisation de pourvoi dans cette affaire (C.S. N° 23834, 17 février 1994) [[1994] Bulletin C.S. 237]. Je suis d’avis que le Code en l’espèce constitue davantage un texte législatif «implicite» ou quasi législatif que ce n’était le cas dans l’arrêt *Nguyen*.

L’avocat du requérant a mentionné l’arrêt *Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 1 C.F. 41 (C.A.). Dans cet arrêt, à la page 48, la Cour d’appel fédérale cite les directives de l’époque sur les conflits d’intérêts qui avaient été établies conformément à l’article 7 de la *Loi sur l’administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10. La Cour d’appel a qualifié ces directives de «Bulletins du personnel ayant force de loi». Je ne suis pas sûre que ceci aide vraiment le requérant. Bien que ces directives aient eu le même statut juridique que le présent Code, en ce qu’elles avaient été établies en conformité avec l’ar-

mirrored the provisions of the then existing conflict of interest Guidelines which, having been promulgated by order in council, did have the force of law.

The respondent's main concern, as I understand it, is that if decisions under the Code are reviewable, all managerial decisions within the civil service will also be reviewable. It is stated that all such decisions, in some form or other, flow from Treasury Board's authority under the *Financial Administration Act*. This is particularly troublesome because of the broad definition, found in section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1. A federal board, commission or other tribunal is defined therein to include: "any person . . . exercising or purporting to exercise . . . powers conferred by . . . an Act of Parliament."

Prior to commencing this application for judicial review, the applicant attempted to challenge the Deputy Minister's decision in proceedings commenced before the Public Service Staff Relations Board. The respondent challenged the jurisdiction of the Board to hear that grievance because, no disciplinary action had been taken against the applicant at the time the Deputy Minister's decision was taken. The Public Service Staff Relations Board agreed that it was without jurisdiction to hear the applicant's complaint, and in a decision dated July 6, 1993 [[1993] C.P.S.S.R.B. No. 133 (QL)], it stated:

The letter addressed to the grievor dated October 27, 1992 from the deputy minister does not impose any discipline. In fact, it does nothing to stop Dr. Peet from continuing his ownership of Eidetic Digital Imaging Ltd. The deputy minister exercised an authority vested in him; he apparently followed the normal rules and took the advice of the Departmental Conflict of Interest Committee in requesting that Dr. Peet limit his activities. The grievor has failed to satisfy me that the deputy minister had a disciplinary motive for taking the action which he did.

In the circumstances, I can find no discipline and although it is possible he suffered financial losses, these are clearly outside my jurisdiction to deal with. Accordingly, this grievance is dismissed for want of jurisdiction.

The relevant enforcement provisions of the Code provide:

ticle 7 de la *Loi sur l'administration financière*, leur contenu reflétait les Lignes directrices de l'époque en matière de conflits d'intérêts qui avaient véritablement force de loi puisqu'elles avaient été promulguées par décret.

Si je comprends bien, l'intimé craint principalement que toutes les décisions des gestionnaires dans la fonction publique ne donnent lieu à contrôle si l'on reconnaît que celles qui sont prises en vertu du Code le sont. On prétend que ces décisions, sous une forme ou une autre, sont prises en vertu des pouvoirs conférés au Conseil du Trésor par la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Ceci est particulièrement troublant compte tenu de la définition générale de l'expression «office fédéral» que l'on trouve à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1: «personne exerçant ou censé[e] exercer des pouvoirs prévus par une loi fédérale».

Avant de présenter la présente demande de contrôle judiciaire, le requérant a tenté de contester la décision du sous-ministre dans des procédures intentées devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique. L'intimé avait alors fait valoir que la Commission n'avait pas compétence pour entendre le grief puisqu'aucune mesure disciplinaire n'avait encore été prise lors de la décision du sous-ministre. La Commission a souscrit à cet argument dans une décision en date du 6 juillet 1993 [[1993] C.R.T.F.P.C. n° 113 (QL)]:

La lettre que le sous-ministre a envoyée au fonctionnaire le 27 octobre 1992 n'impose aucune mesure disciplinaire. En fait, elle n'empêche nullement M. Peet de continuer d'être propriétaire d'Eidetic Digital Imaging Ltd. Le sous-ministre a exercé un pouvoir dont il est investi; en demandant à M. Peet de restreindre ses activités, il a apparemment suivi les règles normales ainsi que l'avis que lui avait donné le Comité ministériel sur les conflits d'intérêts. Le fonctionnaire ne m'a pas convaincu que le sous-ministre avait un motif disciplinaire en prenant la mesure qu'il a prise.

Dans les circonstances, je conclus qu'il n'y a pas eu de sanction disciplinaire. Si M. Peet a subi des pertes financières, je ne suis manifestement pas habilité à l'en dédommager. Par conséquent, je rejette le grief faute de compétence.

Voici les mesures d'exécution pertinentes prévues dans le Code:

23. Employees must divest assets where it is determined by the designated official that such assets constitute a real or potential conflict of interest in relation to the duties and responsibilities of the employee. . . . Divestment of assets is usually achieved by selling them in an arm's length transaction or by making them subject to a trust arrangement. The Schedule attached to this Code contains information on the more common trust arrangements. <sup>a</sup>
23. Si l'administrateur désigné juge qu'un bien particulier comporte un risque réel ou potentiel de conflit d'intérêts avec les fonctions officielles d'un employé, ce dernier doit alors se dessaisir de ce bien dans les 120 jours suivant sa nomination. Il peut soit le vendre à un tiers avec qui il n'a aucun lien de dépendance, soit le déposer dans une fiducie. Des renseignements sur les fiducies les plus courantes figurent à l'annexe.
33. An employee who does not comply with the measures described in Parts I and II is subject to appropriate disciplinary action up to and including discharge. [Underlining added.] <sup>b</sup>
33. Tout employé qui ne se conforme pas aux dispositions prescrites aux parties I et II s'expose à des mesures disciplinaires, y compris, le cas échéant, le renvoi. [C'est moi qui souligne.]

If the applicant defied the Deputy Minister's decision and was dismissed, he could test the Deputy Minister's decision by suing for wrongful dismissal. He does not however want to put himself in that position. The applicant seeks judicial review because there seems to be no other reasonable avenue of having the decision and the procedure used in making it challenged.

Si le requérant avait défié la décision du sous-ministre et avait fait l'objet d'un renvoi, il aurait pu faire contrôler cette décision en intentant une poursuite pour congédiement injustifié. Toutefois, il ne veut pas se placer dans une telle situation. Le requérant cherche à obtenir un contrôle judiciaire parce qu'il ne semble pas exister d'autre moyen raisonnable de contester la décision et la procédure utilisées.

I do not think I have to determine the dividing line, in an abstract sense, between the types of decisions concerning civil servants which are reviewable pursuant to section 18 [as am. *idem*, s. 4] of the *Federal Court Act* and those which are not. It is sufficient to say that the decision which is sought to be reviewed in this case carries very serious consequences for the applicant: the loss of his job or the divestiture or closing down of his business. Decisions having these kinds of consequences have traditionally been subject to judicial review; see, for example, *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *McCarthy v. Attorney General of Canada*, [1981] 1 F.C. 309 (C.A.) (an action for declaratory relief and damages); *Saskatchewan Teachers' Federation v. Munro* (1993), 15 Admin. L.R. (2d) 307 (Sask. C.A.). In the *McCarthy* case, the Court referred [at page 315] to the statement of Mr. Justice Le Dain in *Inuit Tapirisat of Canada v. The Right Honourable Jules Léger*, [1979] 1 F.C. 710 (C.A.), at page 717:<sup>2</sup>

Je ne crois pas avoir à déterminer la ligne de démarcation, au sens abstrait, entre les types de décisions concernant les fonctionnaires, qui donnent lieu à révision en conformité avec l'article 18 [mod., *idem*, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale* et celles qui n'y donnent pas lieu. Qu'il suffise de dire que la décision que l'on veut faire réviser en l'espèce comporte de très sérieuses conséquences pour le requérant: la perte de son emploi ou la cession forcée ou encore la fermeture de son entreprise. Les décisions entraînant ce type de conséquences ont traditionnellement donné lieu à un contrôle judiciaire; voir par exemple les arrêts *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *McCarthy c. Le procureur général du Canada*, [1981] 1 C.F. 309 (C.A.) (action en jugement déclaratoire et en dommages-intérêts); *Saskatchewan Teachers' Federation v. Munro* (1993), 15 Admin. L.R. (2d) 307 (C.A. Sask.). Dans l'arrêt *McCarthy*, la cour renvoie à la déclaration faite par le juge Le Dain dans l'arrêt *Inuit Tapirisat of Canada c. Le très honorable Jules Léger*, [1979] 1 C.F. 710 (C.A.), à la page 717<sup>2</sup>:

<sup>2</sup> While this decision was overturned on the particular facts of that case, [*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*] [1980] 2 S.C.R. 735, there was no disagreement with this statement of the law.

<sup>2</sup> Bien que cette décision ait été infirmée en raison des faits particuliers à l'espèce, [*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*] [1980] 2 R.C.S. 735, l'exposé suivant du droit n'a pas été contesté.



What is really in issue is what it is appropriate to require of a particular authority in the way of procedure, given the nature of the authority, the nature of the power exercised by it, and the consequences of the power for the individuals affected. The requirements of fairness must be balanced by the needs of the administrative process in question.

In my view, this Court has jurisdiction to examine those considerations by reference to the facts in issue.

For the reasons given the respondent's motion to have the application struck out will be dismissed.

Le véritable point en litige est la question de savoir quelle procédure il convient d'imposer à une autorité déterminée compte tenu de la nature de cette dernière et du genre de pouvoir qu'elle exerce, et quelles conséquences en résulteront pour ceux qui ont à subir ce pouvoir. Il ne faut pas oublier de maintenir l'équilibre entre les exigences d'équité et les besoins du processus administratif en cause.

À mon avis, notre Cour possède la compétence voulue pour examiner ces considérations par rapport aux faits en l'espèce.

Pour les motifs qui précèdent, je rejette la requête en radiation de la demande.

T-1586-88

T-1586-88

Canadian Union of Postal Workers (*Plaintiff*)Syndicat des postiers du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Canada Post Corporation (*Defendant*)a *Société canadienne des postes (défenderesse)*

INDEXED AS: CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS v. CANADA POST CORP. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: SYNDICAT DES POSTIERS DU CANADA c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, MacKay J.—Halifax, March 30, 31 and April 1, 2, 1992; Ottawa, March 14, 1994.

b Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 30 et 31 mars, 1<sup>er</sup> et 2 avril 1992; Ottawa, 14 mars 1994.

*Postal services — Action for declaration franchising of post offices contrary to law, beyond defendant's jurisdiction under Canada Post Corporation Act, s. 14(1) — Dealership agreement between Canada Post and independent contractor stating rights granted to sell designated products and services non-exclusive — No agency relationship between parties — Canada Post not trading away exclusive privilege — Act, s. 14(1) not limiting exclusive privilege of Canada Post — Dealership agreement serving Corporation's statutory purposes — Defendant entitled to contract with others to act on its behalf in collecting, delivering letters.*

c *Postes — Action visant un jugement déclaratoire portant que le programme de franchisage de la défenderesse déroge à la loi et excède les pouvoirs qui lui sont attribués par l'art. 14(1) de la Loi sur la Société canadienne des postes — La Convention de concession entre Postes Canada et un entrepreneur indépendant stipule que ce dernier a le droit «non exclusif» de vendre les produits et services spécifiés — Il n'y a aucun rapport de la nature d'un mandat entre les parties — Postes Canada n'a pas échangé son privilège exclusif — L'art. 14(1) ne limite pas le privilège exclusif de Postes Canada — La Convention de concession était utile à l'exécution de la mission de la Société aux termes de la Loi — La défenderesse peut conclure des contrats permettant à des tiers d'effectuer pour elle le relevage et la distribution des lettres.*

*Construction of statutes — Statutory interpretation of Canada Post Corporation Act, s. 14(1) — Words "sole and exclusive privilege of collecting . . . and delivering letters" not limiting capacity of defendant to contract with others to act on its behalf — "Subject to this Act" in s. 16(1) adding to capacity of Canada Post — Act, ss. 12, 14 imposing no limitation on exercise of exclusive privilege of collecting, delivering letters — Dealership Agreement reasonable means to achieve objects of Corporation.*

d *Interprétation des lois — Interprétation de l'art. 14(1) de la Loi sur la Société canadienne des postes — Les mots «privilège exclusif du relevage . . . des lettres et de leur distribution aux destinataires» ne limitent pas le pouvoir de la défenderesse de conclure des contrats permettant à des tiers d'agir en son nom — Les mots «sous réserve des autres dispositions de la présente loi» employés à l'art. 16(1) ajoutent aux pouvoirs de Postes Canada — Ni l'art. 12 ni l'art. 14 n'apportent une limitation à l'exercice du privilège exclusif du relevage et de la distribution des lettres — La Convention de concession était un moyen raisonnable pour exécuter la mission de la Société.*

This was an action for a declaration that the franchising of post offices by Canada Post is contrary to law and beyond the defendant's jurisdiction under subsection 14(1) of the *Canada Post Corporation Act*. The defendant Corporation, which was created by the Act in 1981, began five years later a ten-year program to "privatize" its "retail" operations by arrangements known as "franchising". Under that program, a Dealership Agreement was concluded between Canada Post and Crowell's Pharmacy Ltd. (Crowell) granting to the dealer the non-exclusive right to operate a retail outlet and to sell the products and services set out in a schedule, in a defined territory, to consumers. It was specifically agreed that the dealer was not acting as an "agent" of Canada Post and that the latter reserved the right to sell the products and services within the territory to any person, or to franchise or licence or allow any other person to sell them to purchasers other than consumers. The plaintiff submitted that the words of subsection 14(1) do not permit Canada

e *Il s'agit d'une action visant un jugement déclaratoire portant que le programme de franchisage de Postes Canada déroge à la loi et excède les pouvoirs attribués à la défenderesse par le paragraphe 14(1) de la Loi sur la Société canadienne des postes. La société défenderesse a été constituée par la Loi en 1981 et a entrepris cinq ans plus tard la mise en œuvre d'un programme de dix ans de «privatisation» de ses opérations de vente «au détail» par des contrats qu'elle a appelés «franchisage». Dans le cadre de ce programme, une Convention de concession a été conclue entre Postes Canada et Crowell's Pharmacy Ltd. (Crowell), accordant au concessionnaire le droit non exclusif d'exploiter un point de vente au détail et de vendre les produits et services mentionnés à une annexe, dans un territoire donné, aux consommateurs. La convention stipulait expressément que le concessionnaire n'était pas le mandataire de Postes Canada et que celle-ci se réservait le droit de vendre les produits et services à quiconque dans le territoire, d'accor-*

Post to contract with others for the "collection" or "delivery" of letters; the defendant replied that subsection 14(1), construed in the context of the Act as a whole, does not limit the general authority of Canada Post, with powers of a natural person under section 16 of the Act, to contract for services to be performed by others for it. The main issue, one of statutory interpretation, was whether the arrangements made by Canada Post by contracts with others, as illustrated by the contracts with Crowell, were beyond its jurisdiction, in light of the sole and exclusive privilege to collect, transmit and deliver letters granted to the Corporation by subsection 14(1) of the Act.

*Held*, the action should be dismissed.

The words "sole and exclusive privilege of collecting . . . and delivering letters" in subsection 14(1) of the Act do not in themselves answer the question raised herein. The acts of collecting and delivering letters, in which Crowell was involved, were authorized and directed by the Dealership Agreement, even if it also expressly provided that Crowell is an independent contractor and denied any general agency relationship between the parties. Moreover, the agreement stated that the rights granted to Crowell to sell designated products and services are non-exclusive. Canada Post has not given or traded away its exclusive privilege since it reserved the right to sell the same products and services in the same territory, or to franchise or licence others to sell to purchasers other than consumers. At most, the agreement permitted or licenced Crowell, in addition to the non-exclusive right to sell certain products and services, to collect and deliver letters for Canada Post in accord with its detailed instructions.

As a matter of statutory interpretation, subsection 14(1) does not expressly state nor does it imply that Canada Post may not contract with others to act on its behalf in the collection, transmission or delivery of letters. That provision is an empowering provision, vesting in Canada Post an absolute privilege that no one else may claim a lawful right to exercise, at least so long as that privilege is not amended by Parliament itself. The manner in which the exclusive privilege granted by subsection 14(1) is to be exercised depends not on that provision but on the powers of the Corporation. Those powers are basically set out by subsection 16(1) vesting in the defendant, in carrying out its duties and objects, subject to the Act, the rights, powers and privileges of a natural person. The words of subsection 14(1) do not limit the exclusive privilege of Canada Post. Under its general powers within subsection 16(1), the defendant has the authority to contract with Crowell, or others, for them to act on its behalf in collecting and delivering letters. The words "subject to this Act", in the grant of power in subsection 16(1), add to the capacity of Canada Post, in addition to "the rights, powers and privileges of a natural person", the sole and exclusive privilege to collect, transmit and deliver letters. A franchise agreement, such as that with Crowell, could

der une franchise ou une licence ou de permettre à une autre personne de les vendre à des acheteurs autres que des consommateurs. Le demandeur a soutenu que les mots du paragraphe 14(1) n'autorisent pas la Société à concéder le «relevage» ou la «distribution» des lettres; la défenderesse a répondu que le paragraphe 14(1), interprété dans le contexte de l'ensemble de la Loi, ne limite pas l'autorité générale de Postes Canada, qui a la capacité d'une personne physique aux termes de l'article 16 de la Loi et peut concéder des services. La question principale, qui est une question d'interprétation de la loi, est de savoir si les accords conclus par Postes Canada avec des tiers, comme ceux conclus avec Crowell, excèdent les pouvoirs dont elle a été dotée par le législateur, étant donné le privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1) de la Loi quant au relevage, à la transmission et à la distribution des lettres.

*Jugement*: l'action doit être rejetée.

Les mots «privilège exclusif du relevage . . . des lettres et de leur distribution aux destinataires» qui sont employés au paragraphe 14(1) de la Loi ne suffisent pas pour apporter une solution au litige. Les actes consistant à relever et à distribuer les lettres qu'accomplissait Crowell étaient autorisés et prescrits par la Convention de concession, même si elle stipulait aussi expressément que Crowell est un entrepreneur indépendant et qu'elle n'ait tout rapport de la nature d'un mandat entre les parties. De plus, le contrat disait que lui est accordé le droit non exclusif de vendre les produits et services spécifiés. Postes Canada n'a ni donné ni échangé son privilège exclusif, puisqu'elle s'est réservé le droit de vendre les mêmes produits et services dans le même territoire et de conclure des contrats de franchise ou d'accorder une licence permettant à d'autres de les vendre à des acheteurs autres que des consommateurs. Tout au plus le contrat autorisait-il Crowell, en plus d'exercer son droit non exclusif de vendre certains produits et services, à relever et à distribuer les lettres pour le compte de Postes Canada suivant les instructions détaillées de celle-ci.

Pour ce qui est de la question de l'interprétation de la Loi, le paragraphe 14(1) ne dit pas expressément ni n'implique que Postes Canada ne peut pas conclure de contrats permettant à des tiers d'effectuer pour elle le relevage, la transmission ou la distribution des lettres. Cette disposition habilite Postes Canada; elle lui octroie un privilège que le législateur a voulu «exclusif», qu'aucune autre personne ne peut légalement exercer, du moins tant que le législateur ne l'aura pas modifié. La manière dont le privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1) doit être exercé ne dépend pas de cette disposition, mais des pouvoirs de la Société. Ces pouvoirs sont énoncés essentiellement au paragraphe 16(1) qui confère à la défenderesse, sous réserve des autres dispositions de la Loi, la capacité d'une personne physique. Les mots employés au paragraphe 14(1) ne limitent pas le privilège exclusif de Postes Canada. La défenderesse a, dans le cadre de ses pouvoirs généraux prévus au paragraphe 16(1), le pouvoir de conclure un contrat avec Crowell d'autres personnes, de sorte que celles-ci puissent effectuer au nom de Postes Canada le relevage et la distribution des lettres. Les mots «sous réserve des autres dispositions de la présente loi» employés dans l'attribution de pouvoir au paragraphe 16(1) ajoutent aux pouvoirs de Postes

be found to be *ultra vires* only if it purported to grant an exclusive privilege to collect, transmit or deliver letters, or if it could be established that the agreement did not serve the objects of the Corporation. That was not the case herein. The Dealership Agreement was a reasonable means, within the powers of Canada Post's Board of Directors to approve for its operations, to achieve the objects of the Corporation. The general structure of the Act and the broad powers granted to the new Corporation, when compared with the arrangements under the earlier legislation and the specific powers previously granted to the Postmaster General, underline the intent of Parliament to empower the new Corporation so that it might most effectively pursue the general objects set out in section 5, in times of significant and rapid change in technology and in marketing of services. It would be contradictory to this general intent to construe the authority assigned under the new Act more narrowly than the provisions of the Post Office Acts set out in relation to the powers of the Postmaster General. Neither section 12 nor section 14 of the Act can be read as imposing a limitation on how the Corporation's employees should be organized in relation to the services it performs, including the exercise of its exclusive privilege of collecting and delivering letters.

Canada, outre «la capacité d'une personne physique», le privilège exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires. Un contrat de franchise, comme celui conclu avec Crowell, ne pourrait être jugé *ultra vires* que s'il accordait un privilège exclusif de relevage, de transmission ou de distribution des lettres ou si l'on pouvait montrer que le contrat est préjudiciable à l'exécution de la mission de la Société. Tel n'était pas le cas dans la présente espèce. La Convention de concession était un moyen raisonnable pour exécuter la mission de la Société et le conseil d'administration de Postes Canada avait compétence pour l'approuver aux fins de son exploitation. L'économie de la Loi et les pouvoirs généraux octroyés à la nouvelle société d'État, si on les compare aux caractéristiques de la législation antérieure et aux pouvoirs particuliers attribués auparavant au ministre des Postes, mettent en évidence l'intention du législateur d'habiliter la nouvelle société d'État de telle sorte qu'elle puisse réaliser efficacement la mission énoncée à l'article 5, à une époque de bouleversements techniques et de commercialisation des services. Interpréter le pouvoir attribué par la nouvelle Loi plus strictement que les dispositions des lois sur les postes, au chapitre des pouvoirs du ministre des Postes, irait à l'encontre de cette intention générale. Ni l'article 12 ni l'article 14 ne peuvent être interprétés comme apportant une limitation au mode d'organisation du personnel de la Société relativement aux prestations à assurer, y compris l'exercice de son privilège exclusif du relevage et de la distribution des lettres.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 144.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 44.  
*Canada Post Corporation Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 54, ss. 2, 16 (as am. by S.C. 1984, c. 31, s. 14), 17(1).  
*Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, ss. 5(1)(a),(2), 10(1), 11(a),(d), 12, 13(5), 14(1), 16(1),(2), 19(1)(a), 40(2), 56, 58.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.  
*Letter Definition Regulations*, SOR/83-481.  
*Post Office Act*, R.S.C. 1970, c. P-14, ss. 5(1)(o) (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 23, s. 1), 6 (as am. *idem*, s. 2).  
*Post Office Act (The)*, 1867, S.C. 1867, c. 10, s. 10.3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338;  
*French v. Canada Post Corp.*, [1988] 2 F.C. 389; (1987), 14 F.T.R. 40 (T.D.); aff'd *French et al. v. Canada Post Corp.* (1988), 87 N.R. 233 (F.C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte du Bureau des Postes*, 1867, S.C. 1867, ch. 10, art. 10.3.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 44.  
*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 44.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.  
*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 5(1)(a),(2), 10(1), 11(a),(d), 12, 13(5), 14(1), 16(1),(2), 19(1)(a), 40(2), 56, 58.  
*Loi sur la Société canadienne des postes*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 54, art. 2, 16 (mod. par S.C. 1984, ch. 31, art. 14), 17(1).  
*Loi sur les postes*, S.R.C. 1970, chap. P-14, art. 5(1)(o) (mod. par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 23, art. 1), 6 (mod., *idem*, art. 2).  
*Règlement sur la définition de lettre*, DORS/83-481.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338; *French c. Société canadienne des postes*, [1988] 2 C.F. 389; (1987), 14 F.T.R. 40 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé par *French et autres c. Société canadienne des postes* (1988), 87 N.R. 233 (C.A.F.).

## DISTINGUISHED:

*Bury v. Saskatchewan Government Insurance* (1990), 75 D.L.R. (4th) 449; [1991] 4 W.W.R. 1; 91 Sask. R. 39; 47 C.C.L.I. 56 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, [1989] 1 F.C. 176; (1987), 46 D.L.R. (4th) 716; 88 CLLC 14,006; 82 N.R. 249 (C.A.); *Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp.* (1991), 78 D.L.R. (4th) 211; 7 Admin. L.R. (2d) 242; 40 F.T.R. 255 (F.C.T.D.); affd *Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 191; 7 Admin. L.R. (2d) 242; 139 N.R. 203 (F.C.A.); *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, A-762-87, Pratte J.A., judgment dated 28/1/88, F.C.A., not reported; *Canada Post Corporation and Crowell's Pharmacy Ltd. et al.* (1991), 86 di 135 (C.L.R.B.).

## REFERRED TO:

*Nepean (City of) and Canada Post Corp., Re* (1986), 57 O.R. (2d) 297; 32 D.L.R. (4th) 765 (H.C.); *Ashbury Rail. Carriage and Iron Co. (Lim.) v. Riché* (1875), 44 Law J. Rep. (N.S.) Exch. 185 (H.L.).

## AUTHORS CITED

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1968. "privilege".  
*Words and Phrases Legally Defined*, 3rd ed., Vol. 3, London: Butterworths, 1989. "privilege".

ACTION for a declaration that the franchising of post offices by Canada Post Corporation is contrary to law and beyond its jurisdiction under subsection 14(1) of the *Canada Post Corporation Act*. Action denied.

## COUNSEL:

*Joel E. Fichaud* and *Dennis Ashworth* for plaintiff.  
*John B. Laskin* and *Thomas P. Donovan* for defendant.

## SOLICITORS:

*Patterson Kitz*, Halifax, for plaintiff.  
*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, for defendant.

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

MACKAY J.: By its statement of claim, filed August 11, 1988, the plaintiff Canadian Union of Postal

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Bury v. Saskatchewan Government Insurance* (1990), 75 D.L.R. (4th) 449; [1991] 4 W.W.R. 1; 91 Sask. R. 39; 47 C.C.L.I. 56 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Société canadienne des postes c. S.P.C.*, [1989] 1 C.F. 176; (1987), 46 D.L.R. (4th) 716; 88 CLLC 14,006; 82 N.R. 249 (C.A.); *Rural Dignity of Canada c. Société canadienne des postes* (1991), 78 D.L.R. (4th) 211; 7 Admin. L.R. (2d) 242; 40 F.T.R. 255 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par *Rural Dignity of Canada c. Société canadienne des postes* (1992), 88 D.L.R. (4th) 191; 7 Admin. L.R. (2d) 242; 139 N.R. 203 (C.A.F.); *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, A-762-87, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 28-1-88, C.A.F., inédit; *Canada Post Corporation and Crowell's Pharmacy Ltd. et al.* (1991), 86 di 135 (C.C.R.T.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Nepean (City of) and Canada Post Corp., Re* (1986), 57 O.R. (2d) 297; 32 D.L.R. (4th) 765 (H.C.); *Ashbury Rail. Carriage and Iron Co. (Lim.) v. Riché* (1875), 44 Law J. Rep. (N.S.) Exch. 185 (H.L.).

## DOCTRINE

*Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1968. «privilege»  
*Words and Phrases Legally Defined*, 3rd ed., Vol. 3, London, Butterworths, 1989. «privilege»

ACTION visant un jugement déclaratoire portant que le franchisage des bureaux de poste par la Société canadienne des postes déroge à la loi et excède les pouvoirs qui lui sont attribués par le paragraphe 14(1) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. Action rejetée.

## AVOCATS:

*Joel E. Fichaud* et *Dennis Ashworth* pour le demandeur.  
*John B. Laskin* et *Thomas P. Donovan* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Patterson Kitz*, Halifax, pour le demandeur.  
*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, pour la défenderesse.

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

LE JUGE MACKAY: Par sa déclaration, déposée le 11 août 1988, le Syndicat des postiers du Canada (SPC),

Workers (CUPW), which represents certain employees of the defendant Canada Post Corporation ("Canada Post" or the "Corporation"), sought certain declarations that the "privatization" or "franchising" program of the defendant is contrary to law and beyond jurisdiction of the defendant under the *Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, as amended (the Act, originally enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 54). An injunction to restrain the defendant from further breaching the Act, particularly with respect to agreements between Canada Post and Crowell's Pharmacy Limited (Crowell), located at Spryfield in the city of Halifax, was also originally sought.

When this matter was heard counsel for CUPW advised that the only relief sought was a declaration that the "franchising" of post offices by Canada Post, in particular under contracts in the form of those with Crowell, is contrary to law, namely to Canada Post's "sole and exclusive privilege to collect, transmit and deliver letters" under subsection 14(1) of the Act, and beyond the jurisdiction of the defendant under the Act. Claims originally made for declaratory relief based on paragraph 5(1)(a) of the Act and for an injunction were abandoned by CUPW at the hearing.

Two preliminary issues raised by pleadings of the parties were not issues argued when the matter was heard. The first concerns the standing of the plaintiff to bring the action, a matter specifically pleaded in CUPW's statement of claim. By agreement between the parties that was accepted by Canada Post when, following CUPW's abandonment of an appeal from an interlocutory order of Martin J. striking portions of the statement of claim, an amended defence was filed by the defendant admitting paragraph 19 of the statement of claim "for purposes of this proceeding and without prejudice to [the defendant's] rights in any other proceeding." That paragraph provides:

19. CUPW, on its own behalf, and on behalf of its members, has sufficient interest to seek the relief claimed in this action, including an injunction.

While consent of the parties does not resolve a serious issue of standing, there is no issue between the parties here, and it is my conclusion that CUPW has interests, on its own behalf and on behalf of its members, which support its standing to seek the declara-

demandeur, qui représente certains employés de la Société canadienne des postes («Postes Canada» ou la «Société»), défenderesse, a demandé un jugement déclaratoire portant que le programme de «privatisation» ou de «franchisage» de la défenderesse déroge à la loi et excède les pouvoirs attribués à la défenderesse par la *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, modifiée (la Loi, édictée par S.C. 1980-81-82-83, ch. 54). Il a également demandé une injonction interdisant à la défenderesse d'enfreindre la Loi, en particulier en ce qui concerne les accords conclus entre Postes Canada et Crowell's Pharmacy Limited (Crowell), située à Spryfield, ville de Halifax.

À l'audience, l'avocat du SPC a dit que la demande ne visait qu'à faire déclarer que le «franchisage» des bureaux de poste par Postes Canada, en particulier par des contrats de la nature de ceux conclus avec Crowell, déroge à la loi, savoir au «privilege exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires» accordé par le paragraphe 14(1) de la Loi, et excède les pouvoirs que la Loi attribue à la défenderesse. Le SPC a abandonné à l'audience ses demandes initiales de jugement déclaratoire fondé sur l'alinéa 5(1)a) de la Loi, et d'injonction.

Deux questions préliminaires soulevées dans les plaidoiries des parties n'ont pas été débattues à l'audience. La première concerne la qualité pour agir du demandeur, point mentionné expressément dans la déclaration du SPC. Par suite d'une entente entre les parties et du désistement par le SPC d'un appel d'une ordonnance interlocutoire du juge Martin radiant des parties de la déclaration, Postes Canada a déposé une défense modifiée, admettant le paragraphe 19 de la déclaration [TRADUCTION] «aux fins de la présente instance et sans préjudice des droits [de la défenderesse] dans toute autre instance». Ce paragraphe est ainsi libellé:

[TRADUCTION] 19. Le SPC, en son nom et au nom de ses membres, a un intérêt suffisant pour demander la réparation visée dans la présente action, y compris une injonction.

Bien que le consentement des parties ne puisse résoudre une question sérieuse touchant la qualité pour agir, la question n'est pas en litige en l'espèce et je conclus que le SPC a des intérêts à défendre, en son nom et au nom de ses membres, qui lui donnent qua-

tory relief sought at the hearing, in accord with the principles enunciated in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

The second preliminary issue, raised by the defence and amended defence filed by Canada Post, is the submission that this proceeding is an abuse of the Court's process, on the ground that the subject-matter of the plaintiff's claim was the basis of a complaint to the Canada Labour Relations Board that the "franchise agreement" with Crowell resulted in successor rights for the plaintiff pursuant to section 44 (previously section 144 [R.S.C. 1970, c. L-1]) of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2]. This was not addressed as a preliminary issue by counsel for the defendant when this action was heard, although it was referred to in argument that the results of those and other proceedings between the parties supported the conclusion that Canada Post could be deemed to be performing its responsibilities itself, through contract arrangements with Crowell. While I express no final opinion upon the matter, it seems to me that the plaintiff's written submissions, in its pre-trial memorandum, have merit, that the interpretation of subsection 14(1) of the Act is an issue not raised in any other proceedings, including those before the Canada Labour Relations Board. While in the final analysis I consider this preliminary issue to be abandoned by the defendant, in my view an action based on a legal issue not yet determined can hardly be seen as an abuse of the Court's process.

The plaintiff's case was presented entirely by production of documents, six volumes in all, which included discovery evidence of the principal witness for Canada Post, exhibits from discovery including those produced on undertakings by the defendant, and documents agreed to be submitted, including portions of transcripts of hearings before the Canada Labour Relations Board in other proceedings between the parties. In addition, the defendant also introduced 12 volumes of documents, which were admitted by agreement. The defendant called as its principal witness Mr. Frank Smith, Corporate Manager, Retail and Commercial Development, Canada Post, and two other witnesses. Mr. David Flemming,

lité pour demander le jugement déclaratoire sollicité à l'audience, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

a

La deuxième question préliminaire, qui a été soulevée dans la défense et dans la défense modifiée de Postes Canada, est celle de savoir si la présente demande constitue un abus de procédure, parce que son objet est identique à celui d'une plainte déposée devant le Conseil canadien des relations du travail selon laquelle le demandeur était, par suite du «contrat de franchise» conclu avec Crowell, investi des droits du successeur en application de l'article 44 (auparavant l'article 144 [S.R.C. 1970, ch. L-1]) du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2]. L'avocat de la défenderesse n'a pas abordé cette question à titre de question préliminaire à l'audience, quoiqu'il ait fait valoir dans sa plaidoirie orale que les résultats de ces instances et d'autres entre les parties permettaient de conclure que Postes Canada pouvait être réputée s'acquitter elle-même de ses obligations, en concluant un accord avec Crowell. Bien que je ne tranche pas définitivement cette question, il me semble que les arguments que le demandeur a présentés par écrit avant l'instruction sont bien fondés et que l'interprétation du paragraphe 14(1) de la Loi est une question qui n'a pas été soulevée dans d'autres instances, dont celles devant le Conseil canadien des relations du travail. Certes, j'estime en dernière analyse que la défenderesse a abandonné cette question préliminaire, mais à mon sens, une action qui repose sur un point de droit non encore résolu peut difficilement être tenue pour un abus de procédure.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Toute la preuve du demandeur se trouve dans des documents, six volumes en tout, qui renferment entre autres l'interrogatoire préalable du témoin principal de Postes Canada, les pièces produites à l'interrogatoire, dont celles qui avaient été l'objet d'engagements de la défenderesse, et des documents que les parties avaient convenu de déposer, dont des extraits de la transcription des débats devant le Conseil canadien des relations du travail dans d'autres instances entre les parties. En outre, la défenderesse a présenté douze volumes de documents qui ont été admis par consentement. Elle a assigné son témoin principal Frank Smith, directeur national, Développement de la vente au détail et développement commercial, Postes

Manager, Retail Operations Support for the Atlantic Postal Division, of the defendant Corporation, testified concerning retail operations, of the former Post Office from his experience commencing in 1976 and of Canada Post from his continuing experience with the Corporation after its creation in 1981. By agreement of counsel, after conclusion of the main argument on behalf of both parties, a further witness was called, Mr. John Cochrane, now retired from employment which began with the Post Office Department in 1947 and continued with Canada Post until his retirement in 1982. He testified concerning the employment status of those engaged in local postal retail operations under arrangements of the Post Office prior to the creation of Canada Post.

Following the hearing of the action additional written submissions were made by the defendant and responded to by the plaintiff, including a motion by Canada Post that additional evidence be accepted by the Court after the hearing. I dismissed that motion. The evidence sought to be adduced, concerning regulations amending requirements for an oath of office to be sworn by postal employees, was available to the defendant at the time of the hearing. The submissions received following the hearing have not been relied upon in my conclusion. In my view, they added nothing of significance to the submissions made at the hearing, at least for purposes of my determination.

Considerable evidence and argument of the parties concern the history of postal operations in Canada, the legislation under which it was directed and the record of practices by the former Post Office, particularly in relation to the operations of the postal outlets, including the status of staff there employed. In so far as it is relevant to particular aspects of the issue here raised, the history is reviewed.

#### The issue

The defendant Corporation was created by the Act in 1981, replacing the Post Office which had existed as a department of government under earlier legislation from *The Post Office Act*, 1867, S.C. 1867, c. 10 to [*Post Office Act*], R.S.C. 1970, c. P-14 which was repealed by the Act. In 1986 Canada Post began a

Canada, ainsi que deux autres témoins. David Fleming, gestionnaire, Soutien aux opérations de vente au détail, Division de l'Atlantique, de la Société défenderesse, a témoigné au sujet des opérations de vente au détail de l'ancien ministère des Postes, en tant qu'employé du ministère des Postes à compter de 1976 de la Société après la création de celle-ci en 1981. Par consentement des avocats, après la fin de la plaidoirie orale principale des deux parties, un autre témoin a été appelé à la barre, John Cochrane, employé à la retraite qui a été embauché en 1947 et qui a travaillé pour Postes Canada jusqu'en 1982. Il a témoigné au sujet de la situation juridique des personnes embauchées dans les bureaux de poste locaux en application des accords conclus avec le ministère des Postes avant la mise sur pied de la Société.

Après l'audience, la défenderesse a présenté d'autres arguments par écrit, auxquels le demandeur a répondu, dont une requête priant la Cour d'accepter d'autres éléments de preuve après l'audience. J'ai rejeté cette requête. La défenderesse pouvait se procurer au moment de l'audience ces éléments de preuve relatifs à un règlement modifiant les exigences concernant le serment professionnel des employés de la poste. La conclusion que je tire en l'espèce n'est en rien basée sur les arguments reçus après l'audience. À mon avis, ils n'ont rien ajouté d'important aux arguments présentés à l'audience, du moins pour ce qui est de ma décision.

Pour une grande part, la preuve et les arguments présentés par les parties concernent l'historique des activités des postes canadiennes, de la législation qui régissait ces activités et des usages de l'ancien ministère des Postes, en particulier en ce qui a trait aux opérations des succursales postales, y compris la situation juridique de leurs employés. Dans la mesure où il est pertinent par rapport aux aspects particuliers de la présente instance, cet historique sera pris en considération.

#### La question en litige

La Société défenderesse a été constituée par la Loi en 1981. Elle a remplacé le ministère des Postes qui avait été créé par l'*Acte du Bureau des Postes*, 1867, S.C. 1867, ch. 10, dont la dernière version [*Loi sur les postes*], S.R.C. 1970, ch. P-14, a été abrogée par la Loi. En 1986, Postes Canada a entrepris la mise en



ten-year program to “privatize”, in substantial part by arrangements it describes as “franchising”, its “retail” operations. For the plaintiff, those “retail” operations of significance are the services offered by postal outlets, like Crowell, to the public involving the collection of letters over the counter, and delivery of letters over the counter or to lock boxes, accessible by key by the box user, in the postal outlet.

The plaintiff’s claim is that the franchising arrangements provide for private outlets to collect and to deliver letters contrary to the sole and exclusive privilege vested in Canada Post under subsection 14(1) of the Act. That subsection provides:

14. (1) Subject to section 15, the Corporation has the sole and exclusive privilege of collecting, transmitting and delivering letters to the addressee thereof within Canada.

(Section 15, here referred to, which provides for specific exemptions from the exclusive privilege vested by subsection 14(1), is not relevant to the issue in this case.) Prior to 1981 a similar exclusive privilege was vested in the Postmaster General, who was responsible for postal services and the Post Office Department, ever since 1867.

The issue presented by the plaintiff’s claim is whether the arrangements made by Canada Post by contracts with others, as illustrated by the contracts with Crowell, are beyond the jurisdiction vested in the Corporation by Parliament, in light of the sole and exclusive privilege to collect, transmit and deliver letters granted to the Corporation by subsection 14(1) of the Act. That issue is one of statutory interpretation.

The plaintiff submits that the words of subsection 14(1), whether construed by themselves, or in the context of the Act as a whole, or in light of the history of legislation and practice concerning postal services in this country, do not permit Canada Post to contract with others for the “collection” or the “delivery” of letters. For the defendant it is urged that subsection 14(1), construed in the context of the Act as a whole, does not limit the general authority of Canada Post, with powers of a natural person under section

œuvre d’un programme de dix ans de «privatisation» de ses opérations de vente «au détail», en grande partie par des contrats qu’elle a appelés «franchisage». Du point de vue du demandeur, les opérations de «vente au détail» qui présentent de l’importance sont les services offerts au public par les comptoirs postaux comme celui de Crowell, y compris le relevage des lettres au comptoir, leur livraison au comptoir ou leur remise dans les cases postales, fournies par le comptoir postal, qui sont accessibles aux clients munis d’une clef.

Selon l’argument du demandeur, les contrats de franchise qui stipulent que les comptoirs postaux privés peuvent relever et distribuer les lettres vont à l’encontre du privilège exclusif accordé à Postes Canada par le paragraphe 14(1) de la Loi. Cette disposition est ainsi conçue:

14. (1) Sous réserve de l’article 15, la Société a, au Canada, le privilège exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires.

(L’article 15 susmentionné, qui énonce des exceptions expresses au privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1), n’est pas pertinent par rapport à la question litigieuse.) Avant 1981, un privilège semblable était accordé au ministre des Postes, qui était chargé des services postaux et du ministère des Postes depuis 1867.

La question que soulève l’argument du demandeur est de savoir si les accords conclus par Postes Canada avec des tiers, comme ceux conclus avec Crowell, excèdent les pouvoirs dont la Société a été dotée par le législateur, étant donné le privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1) de la Loi quant au relevage, à la transmission et à la distribution des lettres. C’est une question d’interprétation de la loi.

Le demandeur soutient que les mots du paragraphe 14(1), qu’on les prenne isolément ou dans le contexte de l’ensemble de la Loi, ou à la lumière de l’historique de la législation et des usages en matière de services postaux dans notre pays, n’autorisent pas la Société à concéder le «relevage» ou la «distribution» des lettres. La défenderesse fait valoir que le paragraphe 14(1), interprété dans le contexte de l’ensemble de la Loi, ne limite pas l’autorité générale de Postes Canada; elle a la capacité d’une personne phy-

16 of the Act, to contract for services to be performed by others for it and performance of others under contract is performance by it of its statutory duties. Moreover, Canada Post submits that the history of legislation and practices under it in relation to postal services do not support the claim of the plaintiff.

### Background

A brief overview of the organization of postal services in Canada, with particular reference to the evolution of the defendant's program to privatize its "retail operations", and of the arrangements relating to Crowell, provides the context in which the issue here presented arises for resolution.

Under legislation of the Parliament of Canada from 1867 until enactment of the Act in 1981, postal services were the responsibility of a department of government, the Post Office, or later, the Canada Post Office, presided over by the Postmaster General. The sole and exclusive privilege now vested in the Corporation was formerly vested in the Postmaster General from 1867. That privilege was described in slightly different words as "collecting, conveying and delivering letters within Canada", which was changed in 1981 to "collecting, transmitting and delivering letters to the addressee thereof within Canada", a change which is of no significance for this case.

The Act of 1981 marks a distinct change in the organization of postal services and, not surprisingly, in the statutory regime under which they are organized. It established Canada Post Corporation, as an agent of Her Majesty in right of Canada, provided for its objects, and for a Board of Directors to direct and manage the affairs of the Corporation, to be appointed by the Governor in Council as are principal officers of the Corporation. The Corporation is empowered to employ other officers and employees, who, unlike their predecessors under the Post Office Acts, are not deemed to be employed in the public service of Canada. Under section 16 the Corporation is expressly vested with the "capacity, and subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person." Of course, among the privileges of the Corporation not exercised by a natural person is the sole and exclusive privilege under subsection 14(1).

sique aux termes de l'article 16 de la Loi et peut concéder des services et s'acquitter des obligations que lui impose la Loi par l'entremise de concessionnaires. Au surplus, Postes Canada soutient que l'historique de la législation et les usages instaurés sous son régime, au chapitre du service postal, n'étaient pas la thèse du demandeur.

### Contexte

Un bref examen de l'organisation du service postal au Canada et, en particulier, de l'évolution du programme de la défenderesse visant la privatisation des «opérations de vente au détail», ainsi que des conventions conclues avec Crowell, permet de situer la question litigieuse dans son contexte.

Sous le régime de la loi fédérale depuis 1867 jusqu'à l'adoption de la Loi en 1981, le service postal ou les postes canadiennes ont relevé d'un ministère fédéral sous la direction du ministre des Postes. Depuis 1867, le ministre des Postes jouissait du privilège exclusif aujourd'hui octroyé à la Société. Ce privilège était formulé un peu différemment: «recueillir, expédier et distribuer les lettres en Canada», formulation qui a été modifiée en 1981: «du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires», mais cette modification n'a aucune importance dans la présente espèce.

La Loi de 1981 indique un net changement dans l'organisation du service postal et, cela n'a rien d'étonnant, dans le régime législatif lui-même. La Société canadienne des postes y est constituée en qualité de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada; sa mission y est précisée; un conseil d'administration y est constitué et chargé d'assurer la direction et la gestion des affaires de la Société, les administrateurs étant nommés par le gouverneur en conseil, tout comme les principaux dirigeants. La Société est habilitée à employer d'autres personnes, lesquelles, contrairement aux employés visés par les lois sur les postes antérieures, ne sont pas réputées faire partie de l'administration publique du Canada. Aux termes de l'article 16, la Société «a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d'une personne physique». Bien entendu, au contraire d'une personne physique, elle jouit en plus du privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1).

In speaking of the Act, with reference to the general authority under section 16, Addy J. commented in *French v. Canada Post Corp.*, [1988] 2 F.C. 389 (T.D.), at page 395:

The Act differs markedly from its predecessor legislation, the *Post Office Act* [R.S.C. 1970, c. P-14], where, instead of a broad authority, the legislation specifically listed the purposes for which and the means by which the Postmaster General could act.

Illustrative of the change in approach adopted in 1981 are the general provisions then made for management of the postal services when compared with the specific provisions for contracting, for the establishment of sub post offices and the appointment of postmasters and their employment status under the *Post Office Acts* from 1867. Under *The Post Office Act* in 1867 (S.C. 1867, c. 10, section 10.3) and until its last successor (R.S.C. 1970, c. P-14, paragraph 5(1)(o)) the powers vested in the Postmaster General specifically included authority to enter into and enforce “contracts relating to the conveyance of mail or to any other business of the Canada Post Office.” The earlier acts specifically provided for the Postmaster General to enter into contracts for the conveyance of mail and directed how that contracting should be carried out, though “mail contractors” were excluded from the definition of “postal employees”. He was also specifically authorized to establish post offices and sub post offices and to appoint postmasters and assistants, and postmasters were defined as “postal employees”. No comparable list of specific powers is included in the 1981 Act. Rather, it provides for general powers of the Corporation or its Board of Directors, and, subject to approval of the Governor in Council, general regulatory powers are now vested in the Corporation.

With the reorganization of postal services under the Act in 1981, the list of detailed powers, duties and functions of the Postmaster General formerly set out in the *Post Office Acts* (see e.g. R.S.C. 1970, c. P-14, subsection 5(1) [as am. by R.S.C. (2nd Supp.), c. 23, s. 1], which includes no less than 26 specific functions) was replaced by a statement of general objects of the Corporation and matters to which

Dans l'affaire *French c. Société canadienne des postes*, [1988] 2 C.F. 389 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 395, le juge Addy dit ceci, au sujet de la Loi, notamment du pouvoir général accordé par l'article 16:

La présente Loi diffère sensiblement de la législation précédente, la *Loi sur les postes* [S.R.C. 1970, chap. P-14], qui, au lieu de conférer un pouvoir général, énumérait précisément les objets pour lesquels le ministre des Postes pouvait agir et comment il devait le faire.

Pour illustrer le changement d'orientation survenu en 1981, je citerai les dispositions générales qui touchent désormais la gestion du service postal par opposition aux dispositions précises des lois sur les postes qui régissaient depuis 1867 la passation de contrats, l'établissement de bureaux de poste auxiliaires et la nomination de maîtres de poste et leur situation juridique comme employés. Sous le régime de l'*Acte du Bureau des Postes* de 1867 (S.C. 1867, ch. 10, article 10.3) et jusqu'à la dernière loi qui l'a remplacé (S.R.C. 1970, ch. P-14, alinéa 5(1)(o)), les pouvoirs conférés au ministre des Postes comprenaient le pouvoir explicite de «conclure et [de] faire observer des contrats relatifs au transport postal ou à toute autre opération de la poste au Canada». Les lois précédentes conféraient expressément au ministre des Postes le pouvoir de conclure des contrats de transport du courrier et elles contenaient des directives quant aux modalités de ces contrats, quoique les «entrepreneurs de transport postal» n'aient pas été des «employés de la poste». Le ministre était en outre habilité à établir des bureaux de poste et des bureaux auxiliaires et à nommer des maîtres de poste et des aides, les maîtres de poste étant des «employés de la poste». La Loi de 1981 ne contient pas de liste de pouvoirs semblable. Elle attribue plutôt à la Société et au conseil d'administration des pouvoirs généraux et, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, un pouvoir général de prendre des règlements.

Lors de la réorganisation du service postal opérée par la Loi en 1981, la liste de pouvoirs, d'attributions et de fonctions détaillés du ministre des Postes que renfermaient auparavant les lois sur les postes (voir par exemple S.R.C. 1970, ch. P-14, dont le paragraphe 5(1) [mod. par S.R.C. 1970, (2<sup>e</sup> Suppl.), ch. 23, art. 1] énumère au moins 26 fonctions particulières), a été remplacée par un énoncé de mission et

regard is to be had in meeting those objects. Thus section 5 of the Act provides:

**5. (1) The objects of the Corporation are**

(a) to establish and operate a postal service for the collection, transmission and delivery of messages, information, funds and goods both within Canada and between Canada and places outside Canada;

(b) to manufacture and provide such products and to provide such services as are, in the opinion of the Corporation, necessary or incidental to the postal service provided by the Corporation; and

(c) to provide to or on behalf of departments and agencies of, and corporations owned, controlled or operated by, the Government of Canada or any provincial, regional or municipal government in Canada or to any person services that, in the opinion of the Corporation, are capable of being conveniently provided in the course of carrying out the other objects of the Corporation.

(2) While maintaining basic customary postal service, the Corporation, in carrying out its objects, shall have regard to

(a) the desirability of improving and extending its products and services in the light of developments in the field of communications;

(b) the need to conduct its operations on a self-sustaining financial basis while providing a standard of service that will meet the needs of the people of Canada and that is similar with respect to communities of the same size;

(c) the need to conduct its operations in such manner as will best provide for the security of mail;

(d) the desirability of utilizing the human resources of the Corporation in a manner that will both attain the objects of the Corporation and ensure the commitment and dedication of its employees to the attainment of those objects; and

(e) the need to maintain a corporate identity program approved by the Governor in Council that reflects the role of the Corporation as an institution of the Government of Canada.

Whatever may now be done in relation to contracts, or to the creation of sub post offices and appointment of postmasters must be within the following provisions.

**10. (1) The Board shall direct and manage the affairs of the Corporation and may for such purposes exercise all the powers and perform all the duties of the Corporation.**

**11. The Board may make by-laws**

(a) for the administration, management and control of the property and affairs of the Corporation;

(d) respecting administration of contracts relating to any business of the Corporation.

de conditions d'exercice de cette mission. On lit ce qui suit à l'article 5 de la Loi:

**5. (1) La Société a pour mission:**

a) de créer et d'exploiter un service postal comportant le relevage, la transmission et la distribution de messages, renseignements, fonds ou marchandises, dans le régime intérieur et dans le régime international;

b) d'assurer les prestations, ainsi que la réalisation et la fourniture des produits, qu'elle estime utiles à son exploitation;

c) d'assurer, à l'intention ou pour le compte des administrations fédérales, provinciales, régionales ou municipales ou des établissements qui en relèvent, ou, d'une façon générale, à l'intention de quiconque, les prestations dont elle s'estime capable sans inconvénient pour la réalisation des autres objectifs de sa mission.

(2) Dans l'exercice de sa mission, la Société, tout en assurant l'essentiel du service postal habituel:

a) tient compte de l'opportunité d'adapter, qualitativement et quantitativement, ses prestations et ses produits à l'évolution de la technologie des communications;

b) veille à l'autofinancement de son exploitation dans des conditions de normes de service adaptées aux besoins de la population du Canada et comparables pour des collectivités de même importance;

c) tend à assurer son exploitation dans les meilleures conditions de sécurité du courrier;

d) vise à assurer l'efficacité de son exploitation par un déploiement rationnel de ses moyens humains et par la stimulation de la conscience professionnelle et de l'esprit de service chez son personnel;

e) met en œuvre, pour ce qui la concerne et selon les modalités approuvées par le gouverneur en conseil, le programme de symbolisation fédérale.

Toute mesure prise désormais relativement aux contrats, à la création de bureaux de poste auxiliaires et à la nomination de maîtres de poste doit être conforme aux dispositions suivantes:

**10. (1) Le conseil assure la direction et la gestion des affaires de la Société et, à cette fin, dispose de tous les pouvoirs et remplit toutes les fonctions de celle-ci.**

**11. Le conseil peut, par règlement administratif, prévoir:**

a) l'administration, la gestion et la surveillance des biens et des affaires de la Société;

d) la mise en œuvre des contrats afférents aux activités de la Société.

12. The Corporation may employ such officers and employees and may engage the services of such agents, advisers and consultants as it considers necessary for the proper conduct of its business, and may fix the terms and conditions of their employment or engagement, as the case may be, and pay their remuneration.

14. (1) [the sole and exclusive privilege quoted earlier in these reasons].

16. (1) In carrying out its objects and duties under this Act, the Corporation has the capacity, and subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), the Corporation may acquire, hold, lease, sell or dispose of any real or personal property.

19. (1) The Corporation may, with the approval of the Governor in Council, make regulations for the efficient operation of the business of the Corporation and for carrying the purposes and provisions of this Act into effect, and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations . . .

(then are listed paragraphs (a) to (s) including two very general subject areas, compared with regulation-making authority formerly vested in the Postmaster General in paragraphs (a) to (x), all quite narrow specific matters, in the last *Post Office Act*, R.S.C. 1970, c. P-14, s. 6 [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 23, s. 2]).

I note for the record that I was not referred to any regulations under subsection 19(1), or any by-laws under section 11, relating to arrangements for privatizing, or franchising, services by Canada Post, and I assume there are none.

Unlike its predecessor statutes, the 1981 Act includes in its definitions a "mail contractor" meaning "a person who has entered into a contract with the Corporation for the transmission of mail, which contract has not expired or been terminated" and implicitly this recognizes the long standing practice of the Post Office in earlier years in contracting for conveyance of mail under the specific statutory provisions and authority of the Postmaster General included in earlier statutes. The term "mail contractor" is found in only two provisions of the current Act, subsection 13(5) which excludes a mail contractor from those governed by Part I of the *Canada Labour Code* (continuing, in effect, the exclusion from "postal employ-

12. La Société peut employer le personnel et retenir les services des mandataires, conseillers et experts qu'elle estime nécessaires à l'exercice de ses activités; elle peut en outre fixer les conditions d'emploi ou de prestation de services correspondantes et verser les rémunérations afférentes.

14. (1) [le privilège exclusif précité].

16. (1) Dans l'exécution de sa mission et l'exercice de ses fonctions, la Société a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d'une personne physique.

(2) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (1), la Société peut acquérir, détenir, prendre à bail, vendre ou aliéner tous biens meubles ou immeubles.

19. (1) La Société peut par règlement, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre toute mesure utile, dans le cadre de la présente loi, à l'efficacité de son exploitation . . .

(suivent les alinéas a) à s), dont deux traitent de mesures très générales, par contraste avec l'autorité de prendre des règlements dont le ministre des Postes était investi en vertu des alinéas a) à x), portant tous sur des points très précis, de la dernière *Loi sur les postes*, S.R.C. 1970, ch. P-14, art. 6 [mod. par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 23, art. 2]).

Je ferai remarquer, pour les besoins de la Cour, que l'on ne m'a cité aucun règlement pris en application du paragraphe 19(1) ni aucun règlement administratif établi sous le régime de l'article 11, qui régisse les accords visant la privatisation ou les contrats de franchise conclus par Postes Canada à l'égard de ses services, et je présume qu'il n'en existe pas.

Contrairement aux versions antérieures de la Loi, celle de 1981 inclut, parmi ses définitions, celle-ci: «entrepreneur postal» «Toute personne partie à un contrat d'entreprise avec la Société pour la transmission des envois». Elle reconnaît ainsi implicitement l'usage ancien de Postes Canada qui consistait à conclure des contrats de transport du courrier conformément aux dispositions précises des lois antérieures et sous l'autorité du ministre des Postes. Le terme «entrepreneur postal» n'est employé que dans deux dispositions de la Loi actuelle, soit le paragraphe 13(5) qui soustrait les entrepreneurs postaux aux prescriptions de la partie I du *Code canadien du travail* (maintenant en fait l'exclusion des «entrepre-

ees” of “mail contractors” as had been the situation under earlier Post Office Acts), and subsection 40(2) which exempts a mail contractor from liability to third parties for loss of mail. The definition in the 1981 Act does not provide authority for contracting for the transmittal of mail, which must be found in the general powers of Canada Post.

After its creation, Canada Post initiated a variety of steps to change the arrangements for its services. Some changes led to earlier litigation which provides context and has some relevance for this case. In *French v. Canada Post Corp.*, *supra*, Addy J. found that the Corporation had authority under section 16 [as am. by S.C. 1984, c. 31, s. 14] to close post offices in the absence of regulations enacted under subsection 17(1) (now subsection 19(1)), a permissive power to make regulations including paragraph (p) providing for the closure of post offices. On appeal to the Court of Appeal, Mr. Justice Hugessen, speaking for the Court in dismissing the appeal, commented (at (1988), 87 N.R. 233, at page 235):

... we do not view the words “subject to this Act” in the grant of power in section 16(1), as being in and by themselves effective to limit that grant. In order to have that effect, they must be nourished by some other words of limitation elsewhere in the Act. As we have already indicated, paragraph 17(1)(p) is not such a limitation.

In *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, [1989] 1 F.C. 176 (C.A.), the Court of Appeal quashed a decision of the Canada Labour Relations Board which had determined that subsection 13(6) (now subsection 13(5)) of the Act, which excludes mail contractors from employees subject to jurisdiction of the Board, did not apply to rural route mail couriers, so that in effect those couriers were not mail contractors under the Act. Mr. Justice Hugessen, speaking for the majority of the Court, indicated that merely because rural couriers also collected and delivered mail, as well as transmitting it, did not exclude them from “mail contractors” as defined under the Act. In his view the words of the Act were clear and unambiguous, and “transmit” as used in the definition of “mail contractor” had a broad meaning, consistent with its use in the Act as a whole, which embraced the recep-

neurs de transport postal» de la définition d’«employés de la poste» que l’on trouvait dans les lois antérieures) et le paragraphe 40(2) qui exempte l’entrepreneur postal de la responsabilité des pertes de courrier. La définition contenue dans la Loi de 1981 ne confère pas le pouvoir de passer des marchés de transport du courrier, ce pouvoir étant inclus dans les pouvoirs généraux de Postes Canada.

Après sa création, Postes Canada a pris diverses mesures visant à modifier les modalités de prestation de ses services. Certains changements ont entraîné des litiges qui forment le contexte de l’espèce et qui sont pertinents à cet égard. Dans l’affaire *French c. Société canadienne des postes*, précitée, le juge Addy a conclu que la Société avait, en vertu de l’article 16 [mod. par S.C. 1984, ch. 31, art. 14], le pouvoir de fermer des bureaux de poste, en l’absence de règlement pris en application du paragraphe 17(1) (maintenant le paragraphe 19(1)), qui lui attribue la faculté de prendre des règlements, dont l’alinéa p) qui permet la fermeture de bureaux de poste. En appel devant la Cour d’appel, le juge Hugessen, qui a rejeté l’appel au nom de la Cour, a fait observer ce qui suit ((1988), 87 N.R. 233, à la page 235):

... nous n’estimons pas que les termes «sous réserve des autres dispositions de la présente loi» dans l’attribution de pouvoir qu’on trouve au paragraphe 16(1), ont en eux-mêmes pour effet de limiter cette attribution de pouvoir. Pour avoir cet effet, ils doivent être étayés par d’autres termes limitatifs figurant ailleurs dans la Loi. Comme nous l’avons déjà indiqué, l’alinéa 17(1)p) ne constitue pas une telle limitation.

Dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, [1989] 1 C.F. 176 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a annulé une décision du Conseil canadien des relations du travail qui avait conclu que le paragraphe 13(6) (maintenant le paragraphe 13(5)) de la Loi, qui dit que les entrepreneurs postaux ne sont pas des employés et qui les soustrait à la compétence du Conseil, ne s’appliquait pas aux facteurs ruraux, de sorte que ces facteurs n’étaient pas des entrepreneurs postaux au sens de la Loi. Le juge Hugessen, au nom de la majorité, a indiqué que le simple fait que les facteurs ruraux ramassaient et livraient le courrier en plus de le transmettre ne les excluait pas de la définition du terme «entrepreneur postal» qu’on trouve dans la Loi. À son avis, les termes employés dans la Loi étaient clairs et dépourvus d’ambiguïté et le mot «transmission» utilisé dans la définition du terme

tion and delivery of mail within the meaning of “transmit”. Moreover, the inclusion of rural route couriers within “mail contractors” meant their exclusion under then subsection 13(6) (now subsection 13(5)) from employees. This was consistent with the historic practice of the Post Office prior to 1981 and in his Lordship’s view there was evidence from parliamentary debates at the time the Act was introduced that continuance of the status of rural route carriers as independent contractors was intended under the Act.

In *Rural Dignity of Canada v. Canada Post Corp.* (1991), 78 D.L.R. (4th) 211 (F.C.T.D.), upheld on appeal, (1992), 88 D.L.R. (4th) 191 (F.C.A.), Martin J. dealt, *inter alia*, with argument that the Corporation was in breach of its statutory duty under subsection 5(2) of the Act to maintain customary postal services in four rural communities where it had closed post offices and replaced them with retail outlets operating much like Crowell in the case at bar. Relying on Maloney J. in *Nepean (City of) and Canada Post Corp., Re* (1986), 57 O.R. (2d) 297 (H.C.), at page 299, a case raising similar argument in support of an alleged duty on Canada Post to maintain door-to-door delivery of mail, Martin J. concluded that subsection 5(2) imposed no duty on the Corporation to provide a local post office in each community. The duty, if any, imposed by that section is to have regard to the matters there set out and not an absolute duty to provide particular services.

Arrangements under Canada Post’s franchise agreements have been at the root of proceedings between the plaintiff and the Corporation before the Canada Labour Relations Board, principally concerning the issue of successor rights claimed by the plaintiff pursuant to the *Canada Labour Code* provision relating to sale of a business, now section 44. In one case, where there was closure of a staff office operated by Canada Post in the Fairview Mall shopping centre in Winnipeg and the opening two days later in the same mall of a franchise outlet in a drugstore, the

«entrepreneur postal» a un sens large, qui correspond à la signification de ce mot dans l’ensemble de la Loi, soit entre autres l’acceptation et la distribution des envois. Par surcroît, en incluant les facteurs ruraux dans la définition d’«entrepreneur postal», l’ancien paragraphe 13(6) (maintenant le paragraphe 13(5)) les excluait de la définition d’employé. Cela était compatible avec la situation qui existait aux postes canadiennes avant 1981 et, de l’avis de Sa Seigneurie, il ressortait des délibérations parlementaires au moment du dépôt du projet de loi que le législateur voulait préserver telle quelle la qualité d’entrepreneur indépendant des facteurs ruraux.

Dans la décision *Rural Dignity of Canada c. Société canadienne des postes* (1991), 78 D.L.R. (4th) 211 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par la Cour d’appel fédérale, (1992), 88 D.L.R. (4th) 191 (C.A.F.), le juge Martin a étudié entre autres l’argument selon lequel la Société avait manqué à l’obligation que lui faisait le paragraphe 5(2) de la Loi d’assurer le service postal habituel dans quatre collectivités rurales en fermant des bureaux de poste pour y substituer des points de vente au détail exploités comme celui de Crowell dans la présente espèce. S’appuyant sur les motifs du juge Maloney dans l’affaire *Nepean (City of) and Canada Post Corp., Re* (1986), 57 O.R. (2d) 297 (H.C.), à la page 299, qui portait sur un argument semblable relatif à l’obligation alléguée de maintenir la distribution du courrier à domicile, le juge Martin a conclu que le paragraphe 5(2) n’imposait pas d’obligation à la Société d’exploiter un bureau de poste dans chaque collectivité. Son obligation, si tant est qu’elle en ait eu une, était de tenir compte des considérations énoncées dans cette disposition et elle n’était pas absolument obligée de fournir des services particuliers.

Les conventions relatives aux bureaux franchisés conclues par Postes Canada ont été la source de litiges entre le demandeur et la Société dont a été saisi le Conseil canadien des relations du travail, surtout quant à la question des droits de successeur revendiqués par le demandeur en application de la disposition du *Code canadien du travail* concernant la vente d’entreprise, maintenant l’article 44. Dans une instance, où une succursale de la Société au centre commercial Fairview Mall à Winnipeg avait été fermée et où un bureau de poste exploité par un fran-

Board found there had been sale of a business within the meaning of the Code. An application for judicial review of that decision, pursuant to then section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] was dismissed by the Court of Appeal. (See *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, not reported, Court file A-762-87, January 28, 1988 (F.C.A.)) In the course of disposing of argument that the outlet within a retail store was within provincial legislative jurisdiction, and thus not subject to the *Canada Labour Code*, Pratte J.A., for the Court, commented:

It is clear the Manly's pharmacy business is provincial; but it is equally clear, in our view, that the post office it operates under the franchise agreement is an integral part of the postal service of Canada over which, under subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Parliament has exclusive legislative jurisdiction. We see no merit in Mr. Robinette's submission that Manly does not participate in the operation of the postal service but merely permits its customers to have access to it. Among the activities conducted at Manly's post office, there is the registration of mail, the issuance and cashing of money orders and the making of arrangements for special delivery of mail. All those activities, in our opinion, form an integral part of the operation of the postal service.

In another proceeding, in *Canada Post Corporation and Crowell's Pharmacy Ltd. et al.* (1991), 86 di 135 (C.L.R.B.), a case concerning the retail operations of Crowell, and certain other retail outlets in the Halifax area, under the franchise agreement here in issue, the Board dismissed applications that the applicant union had successor rights as bargaining agent in relation to employees engaged in the retail postal outlets which rights the union claimed on the ground that the Corporation had sold a portion of its business within the meaning of section 44 of the *Canada Labour Code*. The Board's conclusion, differing from that reached on the facts found in the Manly/Fairview shopping centre case, was that the Corporation had not sold a portion of its business to Crowell, and others.

Thus "privatization" of some operations through "franchising" of retail outlets by Canada Post has been a matter of contention. Previously the Post Office, in addition to its main outlets staffed by its

chisé avait été ouvert deux jours plus tard dans une pharmacie du même centre, le Conseil a décidé qu'il y avait eu une vente d'entreprise au sens du Code. La Cour d'appel a rejeté une demande de contrôle judiciaire présentée conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. (Voir *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, inédit, n° du greffe A-762-87, 28 janvier 1988 (C.A.F.)) Au nom de la Cour, le juge Pratte, J.C.A., qui se penchait sur l'argument selon lequel les comptoirs postaux situés dans un magasin de détail relevaient de la compétence des provinces et étaient donc soustraits à l'application du *Code canadien du travail*, a fait remarquer ceci:

Il est évident que le commerce de pharmacie de Manly relève de la juridiction provinciale, mais il est également évident, selon nous, que le bureau de poste exploité en vertu du contrat de franchise fait partie intégrante des services postaux du Canada sur lesquels le Parlement fédéral a une compétence législative exclusive en vertu du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous ne trouvons aucun fondement à l'allégation de M. Robinette selon laquelle Manly ne participe pas à l'exploitation du service postal, mais permet tout simplement à ses clients d'y avoir accès. Parmi les activités qui ont lieu au bureau de poste de Manly figurent l'inscription du courrier recommandé, l'émission et l'encaissement de mandats-poste et la prise des dispositions pour la livraison de courrier par exprès. Nous sommes d'avis que toutes ces activités font partie intégrante de l'exploitation du service postal.

Dans une autre instance, *Canada Post Corporation and Crowell's Pharmacy Ltd. et al.* (1991), 86 di 135 (C.C.R.T.), qui portait sur le commerce de détail de Crowell et sur certains autres comptoirs postaux de la région de Halifax qui sont visés par le contrat de franchise en litige, le Conseil a rejeté les demandes du syndicat requérant qui prétendait avoir des droits de successeur à titre d'agent négociateur à l'égard des employés des comptoirs postaux, parce que la Société avait vendu une partie de son entreprise au sens de l'article 44 du *Code canadien du travail*. Tirant une conclusion différente de celle à laquelle il était arrivé sur les faits dans l'affaire de Manly et du centre commercial Fairview, le Conseil a décidé que la Société n'avait pas vendu une partie de son entreprise à Crowell et à d'autres.

Ainsi, la «privatisation» par Postes Canada de certaines opérations par le «franchisage» de certains comptoirs postaux a déjà suscité des litiges. Auparavant, le ministère des Postes, outre ses succursales



employees, had established outlets known as sub post offices, primarily in urban centres. These operated in premises owned by someone else, usually in a retail store. A person responsible for the sub post office, usually the proprietor or a senior staff member, was appointed postmaster and was paid a salary, based largely on commission on products sold or fees for services provided. While the evidence was not, in my view, entirely definitive, I accept for these reasons that at least for many purposes the postmaster was considered an employee of the Post Office, and he or she and any assistants were required to swear an oath of allegiance upon assumption of their responsibilities. Supplies of stamps and other products were provided on consignment and remained the property of the Post Office until sold, and the proceeds of products and services sold were deposited to a bank account held for the Post Office. Equipment was provided by the Post Office on loan. In an administrative sense, the system of sub post offices required substantial accounting and auditing of supplies and equipment and of moneys received by the sub post office outlets.

After the creation of Canada Post, commencing in 1983 a committee of senior officers, reviewing the organization of its arrangements for service to the public, developed a program to "privatize" many of its outlets by franchise agreements with others who were themselves engaged in retail trade. That program is based on typical wholesale/retail relationships for the sale of products, stamps and other items issued by Canada Post. Those products are purchased by the retail contractor at wholesale prices, they are thereafter the property of the retailer who can do with them as he or she determines except that they may not be sold for more than the face or other fixed value of the product. While the retailer is also paid a fee for certain designated services, the basic change in arrangements for products held in the outlet led to the use of the name "gross margin outlet" or "GMO" for this type of retail operation. In addition to purchase of products, the retailer also purchases the equipment required. Under these agreements a standard range of services is offered, and a standard visual appearance, including the use of trade-marks and

principales où travaillaient ses employés, avait établi des comptoirs postaux appelés bureaux de poste auxiliaires, surtout dans les grands centres. Ils étaient installés dans les locaux de tiers, habituellement des magasins de détail. Une personne responsable du bureau de poste auxiliaire, habituellement le propriétaire ou un cadre, était désignée maître de poste et touchait un salaire, constitué en grande partie de commissions sur les produits vendus et d'honoraires pour les services fournis. Bien que la preuve n'ait pas été, à mon avis, tout à fait décisive, j'accepte pour ces raisons que, du moins à bien des égards, le maître de poste était considéré comme un employé du ministère des Postes et que lui et tout adjoint devaient prêter le serment d'allégeance avant d'entrer en fonctions. Des stocks de timbres et d'autres produits étaient fournis en commission et restaient la propriété du ministère des Postes tant qu'ils n'avaient pas été vendus et le produit de leur vente et celui de la fourniture de services étaient déposés dans un compte en banque au nom du ministère des Postes. Celui-ci prêtait le matériel nécessaire. Du point de vue administratif, le système des bureaux de poste auxiliaires nécessitait beaucoup de travail de comptabilité et de vérification des approvisionnements, du matériel et des sommes perçues par ces bureaux.

Après la mise sur pied de Postes Canada, à compter de 1983, un comité de cadres supérieurs, chargé d'examiner l'organisation de ses débouchés et services, a élaboré un programme de «privatisation» de bon nombre de bureaux de poste au moyen de contrats de franchise conclus avec des commerçants au détail. Ce programme est conçu pour établir des relations typiques de grossiste et de détaillant en ce qui concerne la vente des produits, des timbres et des autres articles de Postes Canada. L'entrepreneur détaillant achète au prix de gros ces produits qui sont sa propriété et il peut en faire ce qu'il veut, sauf qu'il ne doit pas les revendre à un prix supérieur à la valeur nominale ou à la valeur fixée. Quoique le détaillant reçoive aussi des honoraires pour certains services désignés, la modification fondamentale apportée aux modalités concernant les stocks du comptoir postal a donné lieu à l'utilisation du terme «comptoir postal à marge bénéficiaire brute» ou «CMBB» à l'égard de ce type de commerce de détail. Outre les produits, le détaillant achète le matériel requis. Aux termes de ces contrats, tous les comptoirs

symbols of Canada Post, is provided by all GMOs. These outlets are established after substantial analysis of locational and demographic data, to ensure ready access by the public, with adequate parking, and hours of operation consistent with retail operations in the area served. No capital expenditures for space, facilities or equipment are required of Canada Post. The contracting retailer is not designated by Canada Post as a postmaster or postmistress and no one serving in a GMO is considered an employee of Canada Post, though they are provided with standard training programs, stressing customer service and the requirements of Canada Post. The operations of the GMO are subject to detailed regulation under the agreement with the retailer, which agreement incorporates one or more Canada Post manuals concerning operations.

Among services of the GMO, in addition to sale of standard products and services, is the receipt or collection of mail, including letters, brought to the GMO by customers, and the delivery of mail, including letters to members of the public. That delivery may be over the counter upon presentation of a "call for" card previously delivered to the addressee advising that a letter or parcel may be picked up on presentation at the local GMO or retail outlet. Delivery may also be, as it is in the case of Crowell, by leaving letters in lock boxes located in premises of the GMO.

#### The arrangements made with Crowell

Crowell became a sub post office by agreement with the Post Office in 1960 and it operated generally in accord with the arrangements earlier described until, by agreement with Canada Post in 1987 it became a GMO early in 1988. Originally in 1960 Robert G. Crowell, a pharmacist and proprietor of the drugstore, was appointed postmaster. Arrangements for continuing as a sub post office continued under Canada Post after 1981 but at some point the practice of appointing an individual as postmaster was discontinued and by agreements relating to its operations in

postaux à marge bénéficiaire brute offrent une gamme standard de services et une présentation standard, y compris l'utilisation des marques de commerce et des symboles de Postes Canada. Ces points de vente sont établis après une analyse sérieuse de données géographiques et démographiques, afin d'assurer au public un accès facile, un parc de stationnement suffisant et des heures d'ouverture conformes aux normes locales. Postes Canada ne doit supporter aucune dépense en immobilisation pour les locaux, les installations ou le matériel. L'entrepreneur détaillant n'est pas désigné maître de poste par Postes Canada et aucune personne travaillant dans un comptoir postal à marge bénéficiaire brute n'est tenue pour un employé de Postes Canada, bien qu'elle ait eu la formation ordinaire qui met l'accent sur le service aux clients et sur les exigences de Postes Canada. Les activités du CMBB sont assujetties à la réglementation détaillée établie dans le contrat, qui incorpore un ou plusieurs manuels d'exploitation de Postes Canada.

Parmi les services fournis par le comptoir postal à marge bénéficiaire brute, on compte, en plus de la vente des produits et de la fourniture des services standard, l'acceptation et le relevage des envois, dont les lettres, apportés au comptoir postal par les clients, et la distribution des envois, y compris les lettres, à la population. Cette distribution peut être faite au comptoir sur présentation de la carte d'«avis de livraison» invitant le destinataire à réclamer une lettre ou un colis au CMBB ou comptoir postal local. La distribution peut également, comme dans le cas de Crowell, consister à livrer des lettres dans une case postale située dans les locaux du comptoir postal.

#### Les conventions conclues avec Crowell

Crowell est devenue un bureau de poste auxiliaire conformément à un contrat conclu avec le ministère des Postes en 1960 et elle a fonctionné généralement de manière conforme aux modalités décrites plus haut jusqu'à ce que, par contrat passé en 1987 avec Postes Canada, elle devienne un comptoir postal à marge bénéficiaire brute au début de 1988. Au commencement, en 1960, Robert G. Crowell, pharmacien propriétaire, a été nommé maître de poste. Les modalités convenues pour le bureau de poste auxiliaire ont été maintenues par Postes Canada après 1981, mais à

1983 and 1985, the corporate entity Crowell's Pharmacy Ltd., as a party to agreements with Canada Post, was designated as sub postmaster.

Under those agreements, called Sub Post Office Agreements, the Corporation granted to Crowell "the right to operate a Sub Post Office business as an independent Sub Postmaster in accordance with the terms" agreed upon. Crowell undertook to maintain a stock in trade, an inventory of postal values, stamps and other items including money orders supplied by Canada Post for sale to the public, within limits established by the Corporation, and it was not permitted to sell these or services at a discount or at any amount other than that chargeable by Canada Post for those supplies and services. No salary was provided, but payment was made to Crowell, for postal services rendered, on a commission basis related to its volume of monthly sales. Hours of service were agreed upon and the services to be provided by Crowell were set out including the processing of first, third and fourth class mail for onward dispatch, sale of stamps, postal values and designated services, the acceptance of metered or prepaid parcels or COD or registered items for mailing, and call-for service. Both agreements included a clause described as "Independent Business", in the following terms (see e.g., clause 26.1 of the 1983 agreement):

It is understood and agreed that the Sub Postmaster will carry on an independent business as Sub Postmaster as authorized by and under this agreement, and there is no relationship of joint venture, partnership or agency between The Corporation and the Sub Postmaster and any act or omission of either shall not bind or obligate the other except as expressly set forth in this agreement.

These arrangements were changed by the Dealership Agreement concluded in November 1987, to be effective in February 1988 for a term of ten years, under which Crowell became a GMO (though the

un moment donné, l'usage consistant à désigner des maîtres de poste a été abandonné et, suivant des contrats concernant ses activités en 1983 et 1985, la personne morale dénommée Crowell's Pharmacy Ltd. a été, à titre de partie à des contrats conclus avec Postes Canada, désignée maître de poste de bureau auxiliaire.

En application de ces contrats, intitulés «Conventions pour bureaux de poste auxiliaires», la Société a accordé à Crowell «le droit d'agir en tant que maître de poste autonome du bureau de poste auxiliaire, conformément aux conditions» convenues. Crowell s'est engagée à garder des stocks de valeurs postales, de timbres-poste et d'autres articles, dont des mandats-poste fournis par Postes Canada, destinés à la vente au public à l'intérieur des limites fixées par la Société, celle-ci lui interdisant de vendre ces produits ou de fournir ses services à rabais ou moyennant un prix autre que celui demandé par Postes Canada pour ces biens et services. Aucun salaire n'était stipulé, mais Crowell devait toucher une commission sur ses services postaux, calculée en fonction du chiffre d'affaires mensuel. Les heures d'ouverture étaient arrêtées dans le contrat de même que les services à fournir, dont le traitement du courrier de première, troisième et quatrième classes en vue de son acheminement, la vente de timbres-poste, de valeurs postales et de certains services, l'acceptation de colis prépayés ou affranchis à la machine, d'envois CR et d'envois recommandés et la remise des envois à réclamer au comptoir. Les deux contrats renfermaient une clause intitulée «entreprise autonome» qui est ainsi libellée (voir par exemple la clause 26.1 du contrat conclu en 1983):

Il est entendu et convenu que le maître de poste du bureau auxiliaire dirige une entreprise autonome en tant que maître de poste de bureau auxiliaire, dûment autorisé en vertu de la présente convention; il n'existera aucun rapport entre la Société et le maître de poste du bureau auxiliaire dans le sens d'une entreprise conjointe, d'une association ou agence; et toute action ou omission de la part d'une des parties à ce contrat ne liera aucunement ou obligera l'autre partie, sauf en ce qui a trait aux stipulations expressément énoncées dans la présente convention.

Ces conventions ont été modifiées par la Convention de concession conclue en novembre 1987 et prenant effet en février 1988, d'une durée de dix ans, aux termes de laquelle Crowell est devenue un

term "gross margin outlet" is not used in the agreement). By its recitals, the agreement sets out that the Corporation operates a postal service and is the owner of trade-names, trade-marks and logos concerning "Canada Post/Postes Canada", that it has developed a system of uniform methods, procedures, merchandising and advertising for the operation of retail outlets for the sale of stamps and other postal products and services, and that the "dealer" (i.e. Crowell, by its corporate name), wishes to operate a retail outlet at the same time as it carries on other activities. By clause 2.1 the agreement grants to the dealer "the non-exclusive right to sell the Products and Services" set out in a schedule, in a defined territory, to consumers. A consumer is defined as a natural person who purchases products and services for his own individual use and does not include "a person who buys in the course of carrying on business, or an association of individuals, a partnership or a corporation". Canada Post expressly preserves the right to sell the products and services within the territory to any person, or to franchise or licence or allow any other person to sell them to purchasers other than consumers. The size and layout of the premises comprising the outlet is fixed by agreement. Equipment is to be purchased or leased by the dealer as approved by the Corporation. Training and technical assistance is to be provided by Canada Post. The dealer purchases all requirements for all products and services from the Corporation at the latter's discount prices, and products purchased remain the property of the Corporation only until paid for, within normal commercial terms, by the dealer. The dealer pays a non-refundable franchise fee on execution of the agreement, and thereafter pays the Corporation a royalty on all purchases made. The dealer assumes certain obligations relating to the manner of operating the outlet, including one to sell products and services at prices no higher than those established by the Corporation, but they may be sold at lower prices. The schedule of products and services includes postal items on which a discount margin is specified, for example, stamp sales have a margin of 20%. A list of service items on which a fee is specified to be paid to the dealer is also included in the schedule, for example, 25¢ for a money order sold or cashed, 25¢ for accepting a designated pre-paid item, and \$1 for setting a postage meter.

CMBB (bien que cette dénomination ne figure pas dans l'acte). On peut lire dans le préambule de ce contrat que la Société exploite un service postal et est propriétaire des noms et marques de commerce et des logotypes «Canada Post/Postes Canada», qu'elle a mis au point un système uniforme de méthodes, de techniques, de commercialisation et de publicité pour l'exploitation des points de vente au détail pour la vente des timbres-poste et des produits et services postaux, et que le «concessionnaire» (c'est-à-dire Crowell, sous sa raison sociale) souhaite obtenir une concession d'exploitation d'un point de vente au détail, qu'il entend exploiter tout en poursuivant ses autres activités. Aux termes de la clause 2.1, le contrat accorde au concessionnaire «le droit non exclusif de vendre les produits et services» mentionnés à une annexe, dans un territoire donné, aux consommateurs. Un consommateur est défini comme une personne physique qui achète des produits ou des services pour son usage personnel et ne comprend pas «une personne qui en achète dans le cadre de ses activités commerciales, une association de personnes, une société en nom collectif ou une société commerciale». Postes Canada se réserve expressément le droit de vendre les produits et services à quiconque dans le territoire, d'accorder une franchise ou une licence ou de permettre à une autre personne, de les vendre à des acheteurs autres que des consommateurs. La superficie et le plan des locaux sont fixés dans le contrat. Le matériel doit être acheté ou loué par le concessionnaire avec l'approbation de la Société. Postes Canada doit assurer la formation et apporter l'aide technique. Le concessionnaire achète à la Société toutes les fournitures nécessaires pour offrir les produits et services au prix fixé par celle-ci, moins l'escompte qu'elle a établi, et les produits achetés restent la propriété de la Société jusqu'au paiement du prix, selon les conditions commerciales normales, par le concessionnaire. Ce dernier verse des droits de franchise non remboursables au moment de la signature de l'acte et, par la suite, une redevance sur tous les achats. Le concessionnaire assume certaines obligations relatives à la manière d'exploiter le comptoir postal, y compris l'obligation de vendre les produits et services à un prix qui n'excède pas celui fixé par la Société, mais il peut les vendre à un prix inférieur. Sur la liste des produits et services figurent les articles postaux à l'égard desquels une marge de rabais est spécifiée, par exemple, la marge

est de 20 % sur les ventes de timbres-poste. Sont aussi énumérés les services au regard desquels une rétribution fixe doit être versée au concessionnaire, par exemple, 25 ¢ pour un mandat-poste émis ou payé, 25 ¢ pour l'acceptation d'un article prépayé désigné et un dollar pour le réglage d'une machine à affranchir.

The agreement also includes a term, clause 17.1, concerning the relationship of the parties, which provides:

17.1 The Dealer is an independent contractor, and nothing herein shall be construed so as to constitute the Dealer as a partner, joint venturer, agent, employee or representative of the Corporation for any purpose whatsoever. The Dealer shall use its own name in all transactions and shall clearly indicate that it is acting on its own behalf and not for the Corporation.

A similar term is included in two subsequent service agreements between the parties, which amend the original agreement of 1987 by providing for lock boxes to be maintained in the outlet, for which the dealer pays an annual fee to the Corporation.

#### Preliminary findings

For CUPW it is argued that the evidence supports a conclusion that Canada Post by its organization, planning and practice has come to treat its activities as two distinct phases: the distribution system involving the transmission of mail and the retail system involving the more than 17,000 outlets or interfaces, both urban and rural, with the public that it serves. Certainly much of the evidence before me, from the defendant's principal witness Mr. Smith, and from transcripts of hearings of Corporation witnesses before the CLRB would support that view, though I recognize that the witnesses concerned were persons with responsibilities for implementing the "Corporate Representation Plan", the name adopted *circa* 1986 to describe the defendant's evolving plans to privatize postal outlets through franchising arrangements. Those plans have seen the evolution of Canada Post's operations through GMOs from only two in 1987 to more than 1,500 in 1991. Yet it is unnecessary to determine whether the plaintiff's perception is a fair depiction of the Corporation's operations, for even if

Le contrat contient une autre clause, la clause 17.1, qui concerne la relation entre les parties:

17.1 Le concessionnaire est un entrepreneur indépendant; aucune disposition de la présente convention ne doit être interprétée de façon à constituer le concessionnaire associé (en nom collectif ou dans une entreprise conjointe), mandataire, employé ou représentant de la Société, à quelque fin que ce soit. Le concessionnaire doit utiliser son propre nom dans toutes les transactions et clairement indiquer qu'il agit personnellement et non pour la Société.

Une clause semblable est insérée dans deux contrats subséquents que les parties ont conclus relativement aux services à fournir et qui modifient le contrat initial de 1987 en stipulant que le comptoir postal doit offrir des cases postales pour lesquelles le concessionnaire verse une redevance annuelle à la Société.

#### Conclusions préliminaires

On soutient au nom du SPC que la preuve permet de conclure que Postes Canada, par son organisation, sa planification et ses usages, en est venue à répartir ses activités sur deux phases distinctes: un système de distribution comprenant la transmission du courrier et un système de ventes au détail englobant un réseau de plus de 17 000 points de vente ou points de contact, en milieu urbain ou rural, avec le public qu'il dessert. Une grande partie de la preuve qui m'a été soumise, le témoignage du témoin principal de la défenderesse, M. Smith, et la transcription des témoignages des témoins cités par la défenderesse lors des audiences du CCRT, étaient certainement cette thèse, mais je reconnais que les témoins en question étaient des personnes chargées de la mise en œuvre du «Plan de représentation commerciale», ainsi appelé vers 1986 et désignant les plans dressés par la défenderesse en vue de privatiser les comptoirs postaux au moyen de contrats de franchise. Conformément à ce plan, le nombre de comptoirs postaux à marge bénéficiaire brute est passé de deux seulement en 1987 à

that were accepted it would not assist resolution of the issue before the Court.

The evidence is clear that the system for franchising has become a major element of Canada Post's corporate operations strategy, and that sub post offices as they once were known are expected to be phased out and replaced by GMOs, though perhaps not as quickly as the original 10-year plan in 1986 may have anticipated. There was evidence from Mr. Smith that a few "corporate outlets", i.e. outlets staffed and managed by Canada Post, though originally not planned for, have been established as well since 1986, and current planning at the time of trial included provision for some further corporate outlets, in addition to main post office operations, in urban areas at least. Whatever its plans may be, the issue here presented is the authority of Canada Post, in light of subsection 14(1) of the Act, to create GMOs under agreements like those with Crowell.

The plaintiff submits that the agreements with Crowell result in Crowell, as an independent contractor in accord with those agreements, collecting and delivering letters from consumers. This submission is dealt with as a principal issue by CUPW. That conclusion is not seriously disputed by Canada Post, though it is urged by defendant's counsel that, by incorporation in the agreement of operating manuals of Canada Post, any collecting and delivering is done only in accord with the specific and detailed directions of the Corporation so that the Corporation's duties were fulfilled under contract arrangements as though that were by Canada Post itself. Moreover, the defendant submits that this Court and the Canada Labour Relations Board, in *Rural Dignity of Canada* and in the Board's decision No. 903 concerning Canada Post and Crowell, have held that postal services provided through retail postal outlets are nonetheless provided by Canada Post. In my view, neither decision actually determined that to be the case. Rather, as I read the decisions, retail postal outlets

plus 1 500 en 1991. Néanmoins, il n'est pas nécessaire de déterminer si la perception du demandeur représente un juste portrait des activités de la Société, car même si elle était acceptée, elle ne permettrait pas de trancher la question litigieuse.

Il ressort à l'évidence de la preuve que le système des franchises est devenu un élément important de la stratégie opérationnelle de la Société et que les bureaux de poste auxiliaires, comme on les appelait antérieurement, seront vraisemblablement éliminés progressivement et remplacés par des comptoirs postaux à marge bénéficiaire brute, quoiqu'à un rythme moins rapide que ce que prévoyait le plan initial de dix ans dressé en 1986. M. Smith a témoigné que quelques «comptoirs postaux de la Société», c'est-à-dire des points de vente dotés et exploités par la Société, qui n'avaient pas été prévus initialement, ont été établis depuis 1986 et, selon les prévisions actuelles, au moment du procès, d'autres comptoirs postaux de la Société, outre les succursales principales, doivent être établis, du moins dans les grandes agglomérations. Peu importe les plans que la Société a dressés, la question litigieuse concerne le pouvoir de la Société, au regard du paragraphe 14(1) de la Loi, de créer des CMBB au moyen de contrats comme celui conclu avec Crowell.

Le demandeur affirme que les contrats conclus avec Crowell font en sorte que celle-ci, à titre d'entrepreneur indépendant aux termes de ces contrats, fait la levée du courrier et distribue les lettres aux consommateurs. Le SPC tient cet argument pour la question litigieuse principale. Cette conclusion n'est pas sérieusement contestée par Postes Canada, encore que l'avocat de la défenderesse fasse valoir qu'en incorporant dans le contrat ses manuels d'exploitation, Postes Canada s'assure que le relevage et la distribution des lettres sont toujours faits en conformité avec les instructions précises et détaillées de la Société, de sorte que ses obligations sont exécutées, grâce à ces contrats, comme si elle s'en acquittait elle-même. Au surplus, la défenderesse soutient que la présente Cour et le Conseil canadien des relations du travail, dans l'affaire *Rural Dignity of Canada* et dans la décision n° 903 du Conseil concernant Postes Canada et Crowell, ont décidé que les services postaux fournis par l'intermédiaire de comptoirs postaux sont néanmoins fournis par Postes Canada. À mon

like Crowell make it possible for Canada Post to meet its responsibilities by contracts with others, and contracts of this kind do not generally constitute a sale of Canada Post business that would give rise to successor rights.

I conclude on the evidence that by receiving mail, including letters over the counter for onward dispatch, and by delivery of letters on a call-for basis or to lock boxes located in its premises, Crowell does collect and does deliver letters. The latter action clearly qualifies as “delivery” as that term is defined in subsection 2(2) of the Act. These acts, as any others done by Crowell under the Dealership Agreement, by clause 17.1 of the 1987 agreement, are specifically agreed not to be done as “agent” of Canada Post, though clearly they are done within the contract terms.

#### Argument and analysis

As earlier indicated, the plaintiff’s argument is essentially threefold. First, CUPW submits that as a matter of interpretation, the words used in subsection 14(1) clearly limit collecting and delivering letters to Canada Post itself, precluding it from contracting with others, like Crowell, to perform those tasks for it. Second, it is said that interpretation is supported in the context of the statute as a whole; and third, that interpretation is supported by the history of legislation and practices in regard to postal services. The first of those submissions is addressed by the defendant primarily in its pre-trial memorandum, and in argument it is urged that in the context of the Act as a whole, particularly subsection 16(1), and in light of the history of postal legislation and practice, the words of subsection 14(1) should not be interpreted as a limitation on the general authority conferred under subsection 16(1) to contract with others in relation to the services provided by Canada Post.

avis, ni l’une ni l’autre de ces décisions n’ont apporté pareille solution au litige. Si je ne m’abuse, elles signifient plutôt que les comptoirs postaux comme celui de Crowell permettent à Postes Canada de s’acquitter de ses obligations grâce à des contrats conclus avec des tiers et que les contrats de ce type ne constituent généralement pas de la part de Postes Canada des ventes d’entreprise donnant lieu à des droits de successeur.

Je conclus en me basant sur la preuve que Crowell, en acceptant les envois, y compris les lettres remises au comptoir en vue de leur acheminement, et en distribuant les lettres par la remise au comptoir ou par la remise dans les cases postales installées dans ses locaux, fait le relevage et la distribution des lettres. Cette dernière tâche correspond nettement au concept de «livraison» que connote le paragraphe 2(2) de la Loi. Aux termes de la clause 17.1 du contrat de 1987, Crowell a convenu expressément que ce n’est pas en qualité de «mandataire» de Postes Canada qu’elle remplit les tâches précitées, comme toutes les autres qu’elle accomplit selon les termes de la Convention de concession, bien qu’elles soient clairement exécutées en conformité avec le contrat.

#### Argumentation et analyse

Je le répète, l’argumentation du demandeur comporte essentiellement trois éléments. Premièrement, le SPC soutient que, suivant la bonne interprétation du paragraphe 14(1), ses dispositions réservent clairement le relevage et la distribution des lettres au Canada à Postes Canada elle-même, lui interdisant de concéder par contrat à d’autres, comme Crowell, l’exécution de ces tâches. Deuxièmement, cette interprétation est corroborée par le contexte de l’ensemble de la Loi. Troisièmement, elle est appuyée par l’historique de la législation et des usages en ce qui concerne le service postal. La défenderesse a répondu au premier argument principalement dans son mémoire produit avant le procès; dans sa plaidoirie orale, elle a fait valoir que, dans le contexte de la Loi dans son ensemble, surtout du paragraphe 16(1), et étant donné l’historique de la législation et des usages concernant les postes, il ne convient pas d’interpréter le paragraphe 14(1) comme une limitation du pouvoir général attribué à Postes Canada par le paragraphe 16(1)

I deal first with the words of subsection 14(1) which, as we have seen, provide that “the Corporation has the sole and exclusive privilege of collecting, transmitting and delivering letters to the addressee thereof within Canada.”

For CUPW it is acknowledged that it is settled by the decision of the Court of Appeal in *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, *supra*, that the defendant may contract for the transmission of letters, just as was done by the Postmaster General under specific authority delegated under previous legislation even where the contract involves collecting and delivering letters. It is urged, however, that where the contract does not concern the transmission of letters but provides only for collecting and delivering of mail including letters, and other matters, as in the case of the Dealership Agreement of 1987 with Crowell, then the contract is beyond the defendant’s authority in light of the exclusive privilege granted under subsection 14(1).

The plaintiff submits that the words “sole” and “exclusive” mean that nobody except Canada Post may collect or deliver letters, and this is reinforced by the word “privilege”. Definitions of the word “privilege” are offered, for example:

from Saunders, *Words and Phrases Legally Defined* (1989, 3rd ed., Butterworths, London)

#### PRIVILEGE

A “privilege” describes some advantage to an individual or group of individuals, a right enjoyed by a few as opposed to a right enjoyed by all. *Le Strange v Pettefar* (1939) 161 LT 300 at 301, per Luxmoore LJ

and from the *Shorter Oxford English Dictionary* (1968, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford):

**Privilege.** . . . 2. A right, advantage, or immunity granted to or enjoyed by a person, or class of persons, beyond the common advantages of others . . .

6. A grant of special rights or immunities to an individual, corporation, community, or place; a franchise, monopoly, patent. . .

The plaintiff also urges that “collecting” and “delivering” are active tense verbs which, linked with “sole

de conclure avec d’autres des contrats pour fournir ses services.

Je vais d’abord étudier le libellé du paragraphe 14(1): «la Société a, au Canada, le privilège exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires».

Au nom du SPC, on reconnaît qu’il est bien établi depuis l’arrêt de la Cour d’appel *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, précité, que la défenderesse peut passer des contrats concernant la transmission des lettres, comme le faisait le ministère des Postes conformément au pouvoir précis qui lui était délégué par la loi antérieure, même si le contrat implique le relevage et la distribution des lettres. On fait valoir, toutefois, que si le contrat ne porte pas sur la transmission des lettres, mais prévoit seulement le relevage et la distribution des envois, dont les lettres, et d’autres articles, comme dans le cas du contrat de concession conclu avec Crowell en 1987, le contrat échappe à la compétence de la défenderesse étant donné le privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1).

Le demandeur affirme que le mot «exclusif» signifie que personne, sauf Postes Canada, ne peut relever ou distribuer les lettres et que ce sens est renforcé par le mot «privilège». Il se réfère aux définitions du mot «privilège».

Par exemple, dans *Words and Phrases Legally Defined*, 1989, 3<sup>e</sup> éd., Butterworths, Londres, Saunders le définit ainsi:

#### PRIVILÈGE

[TRADUCTION] Un «privilège» est un avantage particulier accordé à un seul individu ou à une catégorie d’individus, un droit possédé par quelques-uns par opposition à un droit possédé par tous. *Le Strange v Pettefar* (1939) 161 LT 300, à la p. 301, lord juge Luxmoore;

et le *Shorter Oxford English Dictionary*, 1968, 3<sup>e</sup> éd., Clarendon Press, Oxford:

[TRADUCTION] **Privilège** . . . 2. Droit, avantage ou immunité que possèdent ou dont jouissent exclusivement un individu ou une catégorie d’individus . . .

6. Droits ou immunités particuliers accordés à un individu, à une personne morale, à une collectivité ou à un lieu; concession, monopole, patente . . .

Le demandeur fait aussi valoir que les termes «relevage» et «distribution» employés en liaison avec



and exclusive privilege” mean that only Canada Post, no one else, may collect and deliver letters.

In my view the words “sole and exclusive privilege of collecting . . . and delivering letters” do not in themselves answer the question here raised. That question is, given that the Corporation is vested with that privilege, may it contract with someone else to collect or deliver letters on its behalf, which the Dealership Agreement with Crowell provides. The Corporation, in which the privilege is vested, can only act through human beings. If they be officers, directors or employees of the Corporation acting within the scope of their responsibilities their acts are those of the Corporation. If they be agents, or servants of agents, bound by contract to act on behalf of the Corporation, those acts within terms of an agency agreement would be acts done on behalf of the principal, Canada Post, for which the principal is ultimately responsible. In this case, the acts of collecting and delivering letters in which Crowell is involved, are authorized and directed by the Dealership Agreement, even if it also expressly provides that Crowell is an independent contractor and denies any general agency relationship between the parties by virtue of clause 17.1.

As the earlier brief review of the 1987 Dealership Agreement with Crowell indicates, the franchise arrangements authorize Crowell to sell designated products and services within a defined territory. I have found that the agreement also authorizes collecting and delivering of letters in accord with specific instructions under Canada Post manuals, incorporated by reference in the agreement. Specific discounts, fees and royalties for particular products and services are set out, but no charge or rental or fee payable by or to Crowell is specified for merely collecting or delivering letters, or any other mailable matter. The rights granted to Crowell under the agreement are not exclusive; indeed, the agreement states that the rights granted, to sell designated products and services, are “non-exclusive”. The rights are to sell to “consumers”, defined as natural persons purchasing products or services for their individual use, excluding a person buying in the course of busi-

l’expression «privilege exclusif» signifient que seule la Société canadienne des postes peut relever et distribuer les lettres, nulle autre personne n’y étant autorisée.

<sup>a</sup> À mon avis, les mots «privilege exclusif du relevage . . . des lettres et de leur distribution aux destinataires» ne suffisent pas pour apporter une solution au litige. La question litigieuse, étant donné que la Société possède ce privilege, est celle de savoir si elle peut conclure des contrats en vue du relevage et de la distribution des lettres par des tiers en son nom, comme le stipule la Convention de concession passée avec Crowell. La Société, à qui le privilege est octroyé, peut seulement agir par l’entremise d’êtres humains. S’ils sont des dirigeants, des administrateurs ou des employés de la Société, qui agissent dans l’exercice de leurs fonctions, leurs actes lient la Société. S’ils sont des mandataires, des préposés de mandataires, tenus par contrat d’agir au nom de la Société, les actes faits conformément au mandat reçu lient le mandant, Postes Canada, étant des actes dont le mandant doit répondre. En l’espèce, les actes consistant à relever et à distribuer les lettres qu’accomplit Crowell sont autorisés et prescrits par la Convention de concession, même si elle stipule aussi expressément que Crowell est un entrepreneur indépendant et que, par la clause 17.1, elle nie tout rapport de la nature d’un mandat entre les parties.

Comme il ressort de ma brève analyse de la Convention de concession de 1987 avec Crowell, le contrat de franchise autorise celle-ci à vendre des produits et à fournir des services désignés dans un territoire donné. J’ai conclu que le contrat autorise également le relevage et la distribution des lettres en conformité avec les instructions précises des manuels d’exploitation de Postes Canada, qui sont incorporés par renvoi dans le contrat. Des rabais, droits et redevances sont spécifiés à l’égard de produits et de services particuliers, mais aucune clause ne précise qu’un prix, un loyer ou une redevance doit être payé par Crowell ou à Crowell pour le simple relevage ou la distribution des lettres ou d’autres objets. Les droits accordés à Crowell en application du contrat ne sont pas exclusifs; en effet, le contrat dit que lui est accordé le droit «non exclusif» de vendre certains produits et services». Elle a le droit de vendre aux «consommateurs», définis comme des personnes

ness, an association of individuals, a partnership or a corporation. Moreover, Canada Post reserves the right to sell the same products and services in the same territory, or to franchise or licence others to sell to purchasers other than consumers. I do not accept the plaintiff's suggestion that the defendant has conveyed its exclusive privilege under the agreement, at least in the normal use of the word convey, for it has not given or traded away its exclusive privilege. At most, the agreement permits or licences Crowell, in addition to the non-exclusive right to sell certain products and services, to collect and deliver letters for Canada Post in accord with detailed instructions of Canada Post.

The interpretation urged by the plaintiff for subsection 14(1) of the Act, as a limitation on the power of Canada Post, which precludes it from leasing, licensing or permitting others to collect or deliver letters is said to be supported by other sections of the Act and by the practice of the Post Office under predecessor legislation which informs us of the intent of Parliament in enacting the Act in 1981. A partial statement of the argument of CUPW from its pre-trial memorandum is as follows:

46. Canada Post's exclusive privilege is not for "operating a system" of collection and delivery, where others may perform the "collecting" and "delivering". Canada Post's exclusive privilege attaches to the acts of "collecting" and "delivering". The exclusive privilege attaches to each of "collecting" and "delivering". These two points are clear from Section 56 of the *CPC Act*:

"Every person who, in violation of the exclusive privilege of the Corporation under Section 14, collects, transmits or delivers to the addressee thereof or undertakes to collect, transmit or deliver to the addressee thereof, any letter within Canada or receives or has in its possession within Canada any letter for the purpose of so transmitting or delivering it, commits an offence in respect of each such letter." [Emphasis added.]

47. This interpretation is fully consistent with the practice of the Post Office up to 1981. The former *Post Office Acts* of 1952 and 1970 (and predecessor legislation) expressly authorized the Postmaster General to contract with independent "mail

physiques qui achètent les produits et services pour leur usage personnel, mais non aux personnes qui en achètent dans le cadre de leurs activités commerciales, à une association de personnes, à une société en nom collectif ou à une société commerciale. Postes Canada se réserve le droit de vendre les mêmes produits et services dans le même territoire et de conclure des contrats de franchise ou d'accorder une licence permettant à d'autres de les vendre à des acheteurs autres que des consommateurs. Je ne souscris pas à l'argument du demandeur selon lequel la défenderesse a cédé son privilège exclusif par contrat, du moins au sens ordinaire du mot «céder», car elle n'a ni donné ni échangé son privilège exclusif. Tout au plus le contrat autorise-t-il Crowell, en plus d'exercer son droit non exclusif de vendre certains produits et services, à relever et à distribuer les lettres pour le compte de Postes Canada suivant les instructions détaillées de celle-ci.

L'interprétation que le demandeur voudrait que nous donnions au paragraphe 14(1), soit une limitation du pouvoir de Postes Canada, lui interdisant d'accorder une concession, une licence commerciale ou une autorisation de relever ou de distribuer les lettres est appuyée, d'après lui, par d'autres dispositions de la Loi et par les usages du ministère des Postes sous le régime des lois antérieures, lesquels nous renseignent sur l'intention du législateur au moment de l'adoption de la Loi en 1981. Voici un passage du mémoire présenté avant le procès par le SPC qui constitue un exposé partiel de son argument:

[TRADUCTION] 46. Le privilège exclusif de Postes Canada ne vise pas «l'exploitation d'un système» de relevage et de distribution, dans lequel d'autres peuvent faire le «relevage» et la «distribution». Ce privilège exclusif se rattache aux tâches du «relevage» et de la «distribution». Il se rattache séparément à chacune de ces tâches. Ces deux éléments ressortent clairement de l'article 56 de la *Loi sur la Société canadienne des postes*:

«Commet une infraction pour chacune des lettres en cause quiconque, dans le régime intérieur et en violation du privilège exclusif octroyé par l'article 14, soit les recueille, les transmet ou les distribue aux destinataires, soit s'engage à le faire, soit les accepte ou les détient en vue de les transmettre ou de les distribuer aux destinataires.» [Non souligné dans le texte original.]

47. Cette interprétation est tout à fait compatible avec les usages du ministère des Postes jusqu'en 1981. La *Loi sur les postes* (versions de 1952 et de 1970 et versions antérieures) autorisait expressément le ministre des Postes à conclure des

contractors” for the transportation of mail. The Postmaster General did so. The *CPC Act* also authorizes contracts with “mail contractors” for the “transmission of mail”, defined as “sending or conveying” of mail. So contracts for the transportation of mail with independent contractors have been legislatively exempted from the exclusive privilege.

48. The Postmaster General before 1981 did not contract out the “retail” functions of “collection” of mail over the counter, and “delivery” over the counter into lock boxes. The network of sub-post offices, referred to in Canada Post’s Defence (paragraphs 4-8) were operated by “postmasters”. The “postmasters” and their assistants were defined by the *Act* and caselaw as “postal employees” of the Crown. Mr. Smith, Canada Post’s Corporate Manager of Retail Development testified that the sub-post office “was us” and agreed that the sub-Postmaster was “not independent” of Canada Post.

49. This was the context of the enactment of the *CPC Act* in 1981. Canada Post’s Corporate Representation Plan of retail privatization was not contemplated in 1981.

#### Section 12

50. Section 12 of the *CPC Act* (R.S.C. 1985) states:

“The Corporation may employ such officers and employees and may engage the services of such agents, advisors and consultants as it considers necessary for the proper conduct of its business, and may fix the terms and conditions of their employment or engagement, as the case may be, and pay their remuneration {sic}.” [Emphasis added.]

51. Canada Post legally could operate its sub-post office system as the Postmaster General did before 1981. Canada Post could operate a sub-post office, for instance from Crowell’s Pharmacy, under the control of an “employee” of Canada Post. This could be a “postmaster” as Mr. Crowell was before the *CPC Act*, or simply an “employee” or “agent” of Canada Post. Then “Canada Post” would be “collecting” and “delivering” letters at the postal outlet on the private premises or in the host business. This was how Parliament in 1981 contemplated the postal network under ss. 12 and 14(1).

52. This interpretation is confirmed by Sections 56 and 58(1) of the *CPC Act*:

“56 Every person who, in violation of the exclusive privilege of the Corporation under Section 14, collects, transmits or delivers to the addressee thereof, or undertakes to collect, transmit or deliver to the addressee thereof, any letter within Canada, or receives or has in his possession within Canada

contrats relatifs au transport postal avec des «entrepreneurs de transport postal» indépendants. Il en a conclu. La *Loi sur la Société canadienne des postes* autorise aussi la conclusion de contrats avec les «entrepreneurs postaux» pour la «transmission des envois», définie comme l’«acheminement» des envois. Les contrats conclus avec les entrepreneurs indépendants pour le transport du courrier ont donc été exemptés du privilège exclusif par le texte législatif.

48. Le ministre des Postes avant 1981 ne concluait pas de contrats pour les fonctions de «relevage au détail» des envois au comptoir et la «livraison» dans les cases postales au comptoir. Le réseau des bureaux de poste auxiliaires, mentionné dans la défense de Postes Canada (paragraphes 4 à 8), était exploité par les «maîtres de poste». Ceux-ci et leurs aides étaient définis par la Loi et la jurisprudence comme des «employés de la poste». M. Smith, directeur national, Développement de la vente au détail, a témoigné que le bureau de poste auxiliaire faisait partie du Ministère et il a convenu que le maître de poste de bureau auxiliaire n’était pas «indépendant» de Postes Canada.

49. Voilà donc le contexte dans lequel la *Loi sur la Société canadienne des postes* a été adoptée en 1981. Le plan de représentation commerciale de Postes Canada visant la privatisation des opérations de vente au détail n’était pas envisagé en 1981.

#### Article 12

50. L’article 12 de la *Loi sur la Société canadienne des postes* (L.R.C. (1985)) est ainsi conçu:

«La Société peut employer le personnel et retenir les services des mandataires, conseillers et experts qu’elle estime nécessaires à l’exercice de ses activités; elle peut en outre fixer les conditions d’emploi ou de prestation de services correspondantes et verser les rémunérations afférentes.» [Non souligné dans le texte original.]

51. Postes Canada pourrait légalement exploiter son système de bureaux de poste auxiliaires comme le faisait le ministre des Postes avant 1981. Postes Canada pourrait exploiter un bureau de poste auxiliaire, par exemple la pharmacie de Crowell, placé sous l’autorité d’un «employé» de Postes Canada. Il pourrait s’agir d’un «maître de poste», comme M. Crowell l’était avant la *Loi sur la Société canadienne des postes*, ou simplement d’un «employé» ou d’un «mandataire» de Postes Canada. Dans ce cas, Postes Canada ferait le «relevage» ou la «livraison» des lettres au comptoir postal dans les locaux privés ou les locaux de l’entreprise d’accueil. Voilà comment le législateur envisageait le réseau postal en 1981 d’après l’article 12 et le paragraphe 14(1).

52. Cette interprétation est confirmée par l’article 56 et le paragraphe 58(1) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*:

«56. Commet une infraction pour chacune des lettres en cause quiconque, dans le régime intérieur et en violation du privilège exclusif octroyé par l’article 14, soit les recueille, les transmet ou les distribue aux destinataires, soit s’engage à le faire, soit les accepte ou les détient en vue de les trans-

any letter for the purpose of so transmitting it or delivering it, commits any offence in respect of each such letter.” [Emphasis added.]

“58 (1) Every person commits any offence who, without the written consent of the Corporation places or permits or causes to be placed or to remain on his premises the words ‘post office’ or any other word or mark suggesting that such premises are a post office or a place for the receipt of letters.” [Emphasis added.]

53. Section 58(1) permits Crowell to call itself a “post office” with “the written consent of the Corporation”. But Section 56 has no such exception. Section 56 does not say that Crowell may “collect, transmit or deliver” a letter with “the written consent of the Corporation”.

54. The *CPC Act* contemplated that “Canada Post” would, through its “employees” or “agents”, “collect” and “deliver” letters in the postal outlets, but that the postal outlets could be on private premises, or host businesses, where sub-post offices and revenue offices had been located for decades before 1981.

#### Section 16(1)

55. Section 16(1) of the *CPC Act* states:

“In carrying out its objects and duties under this Act, the Corporation has the capacity, and subject to this Act the rights, powers, and privileges of a natural person.”

56. Canada Post’s “rights, powers and privileges” are expressly “subject to this Act”. They are subject to the “sole and exclusive privilege” in Section 14(1). Nothing in Section 16(1) may diminish the effect and meaning of the words “sole”, “exclusive” and “privilege” in Section 14(1). In *French v. Canada Post Corporation* (1987), 87 N.R. 233 (FCA), [Appendix “B”, p. 71] affirming F.T.R. 40 (TD) at 235, Mr. Justice Hugessen stated that the words “subject to this Act” in Section 16(1) mean that the grant of powers in Section 16(1) does not expand any restriction on Canada Post which is “nourished by some other words of limitation elsewhere in the Act”.

57. If section 14(1) has the meaning which the Plaintiff respectfully submits to this Court, it is submitted that Section 16(1) does not further expand the powers of Canada Post.

The plaintiff relies significantly upon the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Bury v. Saskatchewan Government Insurance* (1990), 75 D.L.R. (4th) 449. There the Court was concerned with the validity of a plan under which Saskatchewan Government Insurance (SGI) proposed to dispose of its general insurance business to a company also controlled

mettre ou de les distribuer aux destinataires.» [Non souligné dans le texte original.]

«58. (1) Commet une infraction quiconque, sans le consentement écrit de la Société, appose ou fait apposer sur ses locaux ou permet qu’y soit apposée ou qu’y demeure la mention “bureau de poste” ou toute autre mention ou marque de nature à faire penser que les locaux constituent un bureau de poste ou que des lettres peuvent y être postées.» [Non souligné dans le texte original.]

53. Le paragraphe 58(1) permet à Crowell d’employer la mention «bureau de poste» avec «le consentement écrit de la Société». Mais l’article 56 ne comporte pas de telle exception. Il ne dit pas que Crowell peut «recueillir, transmettre ou distribuer» une lettre avec «le consentement écrit de la Société».

54. La *Loi sur la Société canadienne des postes* est ainsi conçue qu’il appartient à «Postes Canada», par l’intermédiaire de ses «employés» ou de ses «mandataires», de «recueillir» et de «distribuer» les lettres dans les comptoirs postaux, mais les comptoirs postaux peuvent être situés dans des locaux privés ou les locaux d’une entreprise d’accueil là où ont été situés les bureaux de poste auxiliaires et les bureaux à commission pendant des décennies avant 1981.

#### Paragraphe 16(1)

55. Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur la Société canadienne des postes* est ainsi conçu:

«Dans l’exécution de sa mission et l’exercice de ses fonctions, la Société a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, la capacité d’une personne physique.»

56. La Loi dit expressément que Postes Canada a «la capacité d’une personne physique», «sous réserve des autres dispositions de la présente loi», sous réserve du «privilège exclusif» prévu au paragraphe 14(1). Le paragraphe 16(1) ne peut pas avoir pour effet de diminuer l’effet et le sens des mots «privilège exclusif» employés au paragraphe 14(1). Dans l’arrêt *French c. Société canadienne des postes* (1987), 87 N.R. 233 (C.A.F.), [annexe B, à la p. 71] confirmant F.T.R. 40 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 235, le juge Hugessen a dit que les termes «sous réserve des autres dispositions de la présente loi» au paragraphe 16(1) signifient que l’attribution de pouvoirs qu’on trouve au paragraphe 16(1) n’élargit pas la limitation apportée aux pouvoirs de Postes Canada, à moins d’être «étayée par d’autres termes limitatifs figurant ailleurs dans la Loi.»

57. Si le paragraphe 14(1) a le sens que le demandeur propose de lui attribuer devant la présente Cour, nous soutenons que le paragraphe 16(1) n’élargit pas les pouvoirs de Postes Canada.

Le demandeur accorde beaucoup d’importance à la décision de la Cour d’appel de la Saskatchewan *Bury v. Saskatchewan Government Insurance* (1990), 75 D.L.R. (4th) 449. Dans cette affaire, la Cour s’est penchée sur la validité d’un projet de la Saskatchewan Government Insurance (SGI) qui voulait vendre son entreprise d’assurances IARD à une société éga-

by the Crown at that stage but which it was intended would sell a majority of shares to the public. The purpose of the plan was to privatize the general insurance business of SGI, a provincial Crown corporation created by statute with authority to engage in and carry on the business of insurance and reinsurance in all of its branches, and in which was vested the exclusive authority to engage in basic compulsory automobile insurance in the province. The plan did not include provision for conveyance of the automobile insurance business, but only the general insurance, in relation to other risks, which SGI had developed, for which the plan would transfer all assets to the second company. The Saskatchewan Court of Appeal held the planned transaction to be *ultra vires* SGI. It referred to the doctrine of *Ashbury Rail. Carriage and Iron Co. (Lim.) v. Riché* (1875), 44 Law J. Rep. (N.S.) Exch. 185 (H.L.), that a statutory corporation possesses only the powers granted expressly or implicitly under its incorporating statute. The Court interpreted the authority of SGI to engage and carry on the business of insurance and reinsurance in all of its branches as clearly implying an intention of the legislature to impose a duty on SGI to provide the service so described as a matter within the public interest. The proposed disposition of its general insurance business was found to derogate from its ability to carry out that statutory duty and thus was *ultra vires*. After reviewing jurisprudence on the matter, Sherstobitoff J.A. speaking for the majority of the Court, said (at pages 469-470):

The principle to be derived from the review of authorities is that where a company has been incorporated by the legislature for the purpose of providing a service for the public benefit, the incorporating statute may, either expressly or by inference, impose a statutory duty on the company to establish and maintain that service. A consequence of such a statutory duty is that there are statutory limitations upon the power of such companies to dispose of assets necessary to provide the service, to give enforceable security against such assets, to abandon any of the undertakings authorized by the statute, to delegate their statutory powers, to fetter their statutory discretion, or to amalgamate with other companies. The courts will apply the doctrine of *ultra vires* to set aside any transactions which exceed the limitations imposed by the statute.

The principle enunciated in *Bury* is simply that the authority and capacities of a corporation created by

lement contrôlée par l'État à ce moment-là, mais dont la majorité des actions devait être vendue au public. Le but du projet était de privatiser la division des assurances IARD de la SGI, société d'État provinciale constituée par une loi, ayant le pouvoir d'exercer le commerce de l'assurance et de la réassurance dans toutes ses succursales et investie de l'autorité exclusive de faire souscrire l'assurance-automobile de base obligatoire dans la province. Le projet ne prévoyait pas la cession du commerce d'assurance-automobile, mais seulement de l'assurance IARD pour les autres risques, qui était devenue une des activités de la SGI et à l'égard de laquelle le projet prévoyait le transfert de tous les éléments d'actif à la seconde société. La Cour d'appel de la Saskatchewan a décidé que le projet allait au delà des pouvoirs de la SGI, en invoquant le principe énoncé dans l'arrêt *Ashbury Rail. Carriage and Iron Co. (Lim.) v. Riché* (1875), 44 Law J. Rep. (N.S.) Exch. 185 (H.L.), selon lequel une société constituée par une loi ne possède que les pouvoirs conférés expressément ou implicitement par sa loi constitutive. La Cour a interprété l'autorité de la SGI d'exercer le commerce de l'assurance et de la réassurance dans toutes ses succursales comme impliquant clairement l'intention du législateur de considérer comme une question d'intérêt public l'obligation qu'il lui a imposée de fournir les services décrits. L'aliénation prévue de son entreprise d'assurance IARD a été tenue pour préjudiciable à sa capacité de s'acquitter de son obligation créée par la loi et donc *ultra vires*. Après avoir examiné la jurisprudence sur la question, le juge Sherstobitoff, J.C.A., au nom de la majorité, a dit ce qui suit (aux pages 469 et 470):

[TRADUCTION] Suivant le principe qui se dégage de l'examen de la jurisprudence, la loi constitutive d'une société dont le but est de rendre des services dans l'intérêt général peut, soit expressément ou implicitement, lui imposer l'obligation de mettre en place et de maintenir ces services. De cette obligation découle la conséquence qu'il y a des limitations prévues par la loi au pouvoir d'une telle société d'aliéner les éléments d'actif nécessaires à la prestation des services, d'accorder des sûretés susceptibles d'entraîner la réalisation de ces éléments, d'abandonner l'une des entreprises autorisées par la loi, de déléguer les pouvoirs conférés par la loi, d'entraver le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi ou de fusionner avec d'autres sociétés. Les tribunaux appliquent le principe de l'*ultra vires* et annulent toute transaction qui passe outre aux limitations imposées par la loi.

Ce que veut le principe énoncé dans l'arrêt *Bury*, c'est simplement que l'autorité et la capacité d'une

statute to provide a service for the public benefit must be found, expressly or impliedly, set out in the enabling legislation. The application of that principle in this case depends upon interpretation of the Act incorporating Canada Post.

Here the *Canada Post Corporation Act* expressly vests in the corporation “the rights, powers and privileges of a natural person”, subject to the Act; no such capacity was vested in SGI under the Saskatchewan legislation creating the corporation, with which the Court dealt in *Bury*. Moreover, in that case, SGI proposed to dispose of assets related to its general insurance business and to withdraw from participation in that business. Here Canada Post gives up no assets, and does not purport to grant an exclusive licence; rather it grants a non-exclusive licence, reserving the right to market the same products and services in the same territory as Crowell whose licence was limited to sales to individuals, not including those buying in the course of carrying on business or associations of individuals, partnerships or corporations. In my view, the circumstances of this case are distinguishable from those in *Bury* in these two important respects.

For the defendant it is urged that the primary section of the Act concerning the powers of Canada Post is subsection 16(1) and that subsection 14(1) is not a limitation on the powers provided by subsection 16(1) for the Corporation to exercise rights, powers and privileges of a natural person in carrying out its objects and duties under the Act. Moreover, it is said that section 56 does not support the plaintiff’s argument that Canada Post may not authorize or licence Crowell to collect and deliver mail, for the purpose of the section is to ensure that no one other than Canada Post may collect and deliver, to the addressee, letters unless authorized by Canada Post even if words of exception for those authorized are not set out.

The defendant also refers to the definitions in subsection 2(1) of the Act of “post” and of “post office” as supportive of its position that acting under subsec-

personne morale créée par une loi en vue de la prestation de services dans l’intérêt public soient définies, expressément ou implicitement, dans sa loi constitutive. L’application de ce principe en l’espèce dépend de l’interprétation de la Loi constituant la Société canadienne des postes.

Dans le cas qui nous occupe, la *Loi sur la Société canadienne des postes* confère à la Société «la capacité d’une personne physique», sous réserve des autres dispositions de la Loi; SGI n’était pas investie de cette capacité par la loi de la Saskatchewan qui l’avait constituée et sur laquelle la Cour s’est penchée dans l’arrêt *Bury*. Au surplus, dans cette affaire, la SGI projetait d’aliéner des éléments d’actif rattachés à son entreprise d’assurance IARD et de retirer sa participation dans cette entreprise. Dans la présente espèce, Postes Canada n’abandonne aucun élément d’actif et n’entend pas concéder de licence exclusive; elle accorde plutôt une licence non exclusive, se réservant le droit de commercialiser les mêmes produits et services dans le territoire de Crowell, dont la licence était limitée à la vente aux particuliers, ce qui excluait les personnes qui achètent dans le cadre d’une entreprise, une association, une société de personnes ou une personne morale. À mon avis, les circonstances de l’espèce sont différentes de celles de l’arrêt *Bury* sous ces deux aspects importants.

Pour la défenderesse, on fait valoir que la disposition principale de la Loi concernant les pouvoirs de Postes Canada est le paragraphe 16(1) et que le paragraphe 14(1) n’est pas une limitation des pouvoirs attribués à la Société par le paragraphe 16(1) pour l’exécution de sa mission et l’exercice de ses fonctions, savoir la capacité d’une personne physique. Par surcroît, on affirme que l’article 56 n’étaye pas l’argument du demandeur selon lequel Postes Canada ne peut pas autoriser Crowell à recueillir et distribuer les lettres, ou lui donner une licence à cette fin, car le but de cet article est de faire en sorte que personne, sauf Postes Canada, ne puisse recueillir et distribuer des lettres aux destinataires, à moins d’y être autorisé par Postes Canada, même si l’exception pour les personnes autorisées n’est pas formulée.

La défenderesse se réfère en outre aux définitions données, au paragraphe 2(1) de la Loi, aux mots «poster» ou «déposer» et «bureaux de poste» et sou-

tion 16(1), the Corporation may authorize others to collect and deliver letters on its behalf. Those definitions are as follows:

2. . . .

“post” means to leave in a post office or with a person authorized by the Corporation to receive mailable matter;

“post office” includes any place, receptacle, device or mail conveyance authorized by the Corporation for the posting, receipt, sorting, handling, transmission or delivery of mail.

In my view, that argument has merit only if the plaintiff’s submission, that subsection 14(1) limits Canada Post’s authority to authorize others to act for it, is not accepted. The definitions do not create authority or imply any authority not vested in the Corporation by other sections in the Act.

Further arguments on behalf of the defendant are also not determinative of the issue, in my view. Thus, the fact that under paragraph 19(1)(a) the Corporation may prescribe what is a letter and what is non-mailable matter does not, in my view, respond to the plaintiff’s principal argument about the limitation implied by the sole and exclusive privilege. At most, if regulations be enacted under paragraph 19(1)(a), as there are (see SOR/83-481, *Letter Definition Regulations*), this merely permits the Corporation, with approval of the Governor in Council, to define what constitutes a letter, to which the exclusive privilege of Canada Post applies. Nor is the plaintiff’s argument met by the submission that Parliament has implicitly accepted, and approved, Canada Post’s franchising activities by acceptance and implied approval of annual reports submitted to Parliament, through the Minister responsible for government interests in its operations, under the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11].

Finally, the evidence adduced by the defendant includes a number of contracts made by the Postmaster General under earlier legislation, offered as illus-

trient qu’elles corroborent sa thèse que la Société, exerçant les pouvoirs que lui confère le paragraphe 16(1), peut autoriser d’autres personnes à recueillir et à distribuer des lettres en son nom. Voici ces définitions:

a ces définitions:

2. . . .

«poster» ou «déposer» Laisser dans un bureau de poste ou à une personne autorisée par la Société à faire le relevage des objets.

b

«bureau de poste» Les locaux dont la Société autorise l’emploi pour le dépôt, le relevage ou l’acceptation des objets, ou pour le tri, la manutention, la transmission ou la distribution des envois. La présente définition s’applique en outre au matériel et aux installations dont la Société autorise l’emploi aux mêmes fins.

c

À mon avis, cet argument n’est bien fondé que si l’argument du demandeur, selon lequel le paragraphe 14(1) limite le pouvoir de Postes Canada d’autoriser d’autres personnes à agir pour son compte, est repoussé. Les définitions ne confèrent ni n’impliquent de pouvoir qui n’aurait pas été attribué à la Société par d’autres dispositions de la Loi.

d

Les autres arguments avancés au nom de la défenderesse ne sont pas décisifs non plus quant à la question litigieuse, à mon sens. Ainsi, le fait qu’aux termes de l’alinéa 19(1)a, la Société puisse préciser ce qu’on entend par «lettre» et «objet inadmissible» ne réfute pas l’argument principal du demandeur au sujet de la limitation impliquée par le privilège exclusif. Tout règlement pris en application de l’alinéa 19(1)a (voir DORS/83-481, *Règlement sur la définition de lettre*) ne permet tout au plus à la Société que de définir, avec l’approbation du gouverneur en conseil, ce qu’on entend par «lettre» pour l’application du privilège exclusif de Postes Canada. L’argument du demandeur n’est pas réfuté non plus par l’argument selon lequel le législateur a accepté implicitement et approuvé les activités de Postes Canada au chapitre du franchisage en acceptant et en approuvant les rapports annuels soumis au Parlement par le truchement du ministre chargé de voir aux intérêts du gouvernement dans les activités de la Société sous le régime de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11].

e

f

g

h

i

Pour terminer, la preuve produite par la défenderesse contient quelques contrats passés par le ministre des Postes en application de la loi antérieure, qui

j

trative of former practices said to be substantially similar to the arrangements made under the Dealership Agreement with Crowell. However, all of those contracts involve the transmission of mail and they are not directly relevant to the issue here raised for the plaintiff does not dispute that historic record or the capacity of Canada Post to contract with others for transmission of mail, including letters.

As the plaintiff argues the issue here is one of statutory interpretation of the *Canada Post Corporation Act*. If subsection 14(1) is construed as the plaintiff submits, the limitation that provision imposes on the powers of the defendant can only be changed by an amending act passed in formal process by Parliament.

#### Construction of the statute

I turn to resolution of the issue of construction of the Act, particularly with reference to subsections 14(1) and 16(1).

In my opinion subsection 14(1) does not expressly state nor does it imply that Canada Post may not contract with others to act on its behalf in the collection, transmission or delivery of letters. That provision is an empowering provision, vesting in Canada Post a privilege, one that by use of the adjectives "sole" and "exclusive" Parliament intended should be the only and absolute privilege of its kind, one that no one else may claim a lawful right to exercise, at least so long as that privilege is not amended by Parliament itself. But the section does not speak, expressly or impliedly of how that privilege may be exercised.

The privilege is reinforced by section 56, which makes it an offence for anyone to act, or undertake, to violate the exclusive privilege of the Corporation. In my view, the application of section 56 would, in practice, require a complaint by or a complaint supported by Canada Post for a prosecution to be instituted for violation of its exclusive privilege. There can be no offence by Crowell in collecting and delivering letters for Canada Post in accord with the licence to do so under the Dealership Agreement. The fact that the words of exclusion from the offence, of those with written consent of the Corporation, are

montreraient selon elle que les anciens usages ont une grande ressemblance avec la Convention de concession conclue avec Crowell. Toutefois, tous ces contrats portent sur la transmission du courrier et ne sont pas directement pertinents quant à la question en litige, car le demandeur ne conteste pas ces faits antérieurs ni la capacité de Postes Canada de conclure des contrats pour la transmission des envois, dont les lettres.

Comme le soutient le demandeur, la question litigieuse concerne l'interprétation de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. Si l'on retient l'interprétation donnée par le demandeur au paragraphe 14(1), la limitation que cette disposition apporte aux pouvoirs de la défenderesse ne peut être modifiée que par une nouvelle loi adoptée par le législateur.

#### Interprétation de la Loi

J'arrive à la question de l'interprétation de la Loi, en particulier des paragraphes 14(1) et 16(1).

À mon avis, le paragraphe 14(1) ne dit pas expressément ni n'implique que Postes Canada ne peut pas conclure de contrats permettant à des tiers d'effectuer pour elle le relevage, la transmission ou la distribution des lettres. Cette disposition habilite Postes Canada; elle lui octroie un privilège que le législateur a voulu «exclusif», unique et absolu, qu'aucune autre personne ne peut légalement exercer, du moins tant que le législateur ne l'aura pas modifié. Cette disposition n'indique cependant ni expressément ni implicitement quelles sont les modalités d'exercice de ce privilège.

Le privilège est renforcé par l'article 56, suivant lequel commet une infraction quiconque viole ou s'engage à violer le privilège exclusif de la Société. À mon avis, l'application de l'article 56 exigerait, en pratique, qu'une plainte soit déposée ou appuyée par Postes Canada avant que la violation du privilège exclusif ne puisse faire l'objet de poursuites. Crowell ne commet pas d'infraction en recueillant et en distribuant les lettres pour Postes Canada conformément aux conditions de la licence accordée par la Convention de concession. Le fait que l'article 56 ne prévoit pas d'impunité pour ceux qui agissent avec le con-



omitted from section 56, but are included in section 58, creating an offence for unauthorized use of the words “post office” or words to similar effect, is not, in my opinion, significant in relation to the authority for the Corporation to contract, either for others to act on its behalf or to use the name post office. The purpose of section 58, in my opinion, is to create a parallel to civil protection of trade-mark interests by establishing an offence to protect the public interest in the name “post office” as defined in the Act.

The manner in which the exclusive privilege granted by subsection 14(1) is to be exercised depends not on that provision but on the powers of the Corporation. Those powers are basically set out by subsection 16(1) vesting in the defendant, in carrying out its duties and objects, subject to the Act, the rights, powers and privileges of a natural person. The Corporation also has the power to make regulations, as approved by the Governor in Council under subsection 19(1) and it may employ officers and employees and may engage the services of agents, advisers and consultants under section 12. The latter section was not argued as a basis for the agreement with Crowell and for these reasons I consider it is irrelevant; it appears in the Act under the heading “Staff” with other sections relating to the status of those employed or whose services are contracted and moreover, in this case, the Dealership Agreement specifically describes Crowell as an independent contractor and not as an “agent, employee or representative of the Corporation for any purpose whatever.”

The exclusive privilege granted by subsection 14(1) includes not only the collecting and delivering of letters but also their transmission. While the question here raised, of limits implicit in the exclusive privilege as granted, was apparently not raised in *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, *supra*, in the result the decision of the Court of Appeal implicitly recognizes the authority of Canada Post to contract with rural route couriers for the transmission, including the collecting and delivering of mail, including letters. That authority for contracting for transmission must be found under section 12, or more likely, in my view, under subsection 16(1). If the authority to

sentement écrit de la Société, contrairement à l’article 58 qui crée une infraction consistant à apposer sans autorisation la mention «bureau de poste» ou toute mention de même portée, n’est pas important, à mon sens, au regard du pouvoir de la Société de conclure des contrats pour permettre à d’autres d’agir en son nom ou d’utiliser la mention «bureau de poste». L’article 58 a pour but, à mon sens, de créer un équivalent à la protection civile des marques de commerce au moyen d’une infraction destinée à protéger l’intérêt public à l’égard de l’appellation «bureaux de poste» définie dans la Loi.

La manière dont le privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1) doit être exercé ne dépend pas de cette disposition, mais des pouvoirs de la Société. Ces pouvoirs sont énoncés essentiellement au paragraphe 16(1) qui confère à la défenderesse, sous réserve des autres dispositions de la Loi, la capacité d’une personne physique. La Société a aussi le pouvoir de prendre des règlements, avec l’approbation du gouverneur en conseil, en vertu du paragraphe 19(1), et, aux termes de l’article 12, elle peut employer du personnel et retenir les services de mandataires, de conseillers et d’experts. Ce dernier article n’a pas été cité comme fondement du contrat conclu avec Crowell; j’estime qu’il n’est pas pertinent eu égard aux présents motifs. Il figure dans la section intitulée «Personnel» parmi d’autres dispositions touchant la situation juridique des employés ou des personnes dont les services ont été retenus et, au surplus, en l’espèce, la Convention de concession décrit précisément Crowell comme un entrepreneur indépendant et non comme un «mandataire, employé ou représentant de la Société, à quelque fin que ce soit».

Le privilège exclusif octroyé par le paragraphe 14(1) vise non seulement le relevage et la distribution des lettres, mais encore leur transmission. Bien que la question soulevée en l’espèce, celle des limites implicites du privilège exclusif octroyé, n’ait apparemment pas été soulevée dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, la décision de la Cour d’appel reconnaît en fin de compte implicitement le pouvoir de Postes Canada de passer des contrats avec les facteurs ruraux pour la transmission, y compris le ramassage et la livraison du courrier, dont les lettres. Ce pouvoir de conclure des contrats pour la transmission des envois repose sur l’article 12 ou,

contract with a courier for the transmission of letters exists, despite the sole and exclusive privilege granted to the Corporation by subsection 14(1), that authority is based in the Act, not in the historic practice of the post office under earlier legislation, and the authority must similarly extend to contracting in relation to the collection and delivering of letters. I can find no basis in the Act for distinguishing the latter two functions from the third function included in subsection 14(1), transmitting of letters. Subsection 14(1) does not preclude contracting for transmission of letters by others on behalf of the Corporation and it cannot preclude contracting for collecting or delivering letters on its behalf.

When the matter was heard no argument was addressed to the capacity which a natural person might have in relation to an exclusive privilege granted to him or her by Parliament. It seemed to be assumed that the powers granted to the Corporation under subsection 16(1) included the power to contract with another to exercise the exclusive privilege, unless the privilege itself was limited to prevent this. I have found that the words of subsection 14(1) do not so limit the exclusive privilege of Canada Post. In my opinion, under its general powers within subsection 16(1), the Corporation has the authority to contract with Crowell, or others, by contract that expressly does not purport to extend to the Dealer an exclusive licence, for Crowell to act on behalf of Canada Post in collecting and delivering letters.

I note that the words "subject to this Act" in the grant of power in subsection 16(1), in the terms referred to by Hugessen J.A. in *French v. Canada Post Corp.*, *supra*, do "nourish" that grant, in relation to subsection 14(1). As earlier noted, they do add to the capacity of Canada Post, in addition to "the rights, powers and privileges of a natural person", the sole and exclusive privilege to collect, transmit and deliver letters.

plus probablement, à mon avis, sur le paragraphe 16(1). Si le pouvoir de conclure des contrats avec un facteur pour la transmission des lettres existe, malgré le privilège exclusif octroyé à la Société par le paragraphe 14(1), ce pouvoir est fondé sur la Loi et non sur les usages du ministère des Postes sous le régime de la loi antérieure, et ce pouvoir doit englober en outre celui de conclure des contrats relativement au relevage et à la distribution des lettres. Aucune disposition de la Loi ne justifie, à mon sens, l'établissement d'une distinction entre ces deux dernières tâches et la tâche de transmission des lettres qui est elle aussi visée par le paragraphe 14(1). Ce paragraphe n'interdit pas la conclusion de contrats pour la transmission de lettres par des tiers au nom de la Société et il ne saurait interdire les contrats pour le relevage ou la distribution des lettres pour son compte.

À l'audience, aucun argument n'a été présenté au sujet du rapport entre la capacité d'une personne physique et un privilège exclusif octroyé à celle-ci par le législateur. On a supposé apparemment que les pouvoirs conférés à la Société par le paragraphe 16(1) incluaient le pouvoir de passer des contrats avec un tiers dans l'exercice de ce privilège exclusif, sauf si une limitation était apportée à ce privilège pour l'empêcher de passer de tels contrats. J'ai conclu que les mots employés au paragraphe 14(1) ne limitaient pas le privilège exclusif de Postes Canada. À mon avis, la Société a, dans le cadre de ses pouvoirs généraux prévus au paragraphe 16(1), le pouvoir de conclure un contrat avec Crowell ou une autre personne, si ce contrat ne vise pas expressément à accorder une licence exclusive au concessionnaire, de sorte que Crowell puisse effectuer au nom de Postes Canada le relevage et la distribution des lettres.

Je remarque que les mots «sous réserve des autres dispositions de la présente loi» employés dans l'attribution de pouvoir au paragraphe 16(1), pour reprendre les propos du juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *French c. Société canadienne des postes*, précité, «étaient» cette attribution, en ce qui concerne le paragraphe 14(1). Je le répète, ils ajoutent aux pouvoirs de Postes Canada, outre «la capacité d'une personne physique», le privilège exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires.

A franchise agreement, such as that with Crowell, in my view could be found to be *ultra vires* in two circumstances. If it purported, as the agreement with Crowell does not, to grant an exclusive privilege to collect, transmit or deliver letters, it would probably contravene the principle identified in *Bury*, if the Corporation purported, expressly or impliedly, to withdraw from the exercise of the exclusive privilege which Parliament has granted to it. Another possibility might occur if it could be established that the agreement did not serve the objects of the Corporation. Here the evidence of the defendant's principal witness, Mr. Smith, leads me to conclude that the Dealership Agreement in this case serves the Corporation's statutory purposes. It seeks to provide service for collection and delivery of mail, and it provides products and services necessary or incidental, in the opinion of the Corporation, to the postal service, with a view to improving and extending its products and services while conducting its operations on a self-sustaining financial basis and providing a standard service to meet the needs of the people of Canada, and maintaining a corporate identity program reflecting the role of the Corporation as an institution of the Government of Canada, in the words of section 5. Like other GMO outlets, Crowell's operations under the Dealership Agreement provide services in an area of concentrated population and without capital or ongoing administrative expenses, at least of significance, for the Corporation so that its goal of self-sufficiency, a goal that had proved to be beyond the reach of its predecessor operating as a government department, may be achieved. I am satisfied that the evidence supports a conclusion that the Dealership Agreement is a reasonable means, within the powers of Canada Post's Board of Directors to approve for its operations, to achieve the objects of the Corporation.

Finally, in my view, the construction of the Act as I have found it to be is consistent with the general purposes of the Act, perceived as those must be from the history of legislation in relation to postal services. When the Act was introduced in Parliament by the Postmaster General at second reading in October 1980, he emphasized that the Bill was the result of discussion with interested parties, including the pos-

Un contrat de franchise, comme celui conclu avec Crowell, pourrait être jugé *ultra vires*, selon moi, dans deux cas. Premier cas: il accorde, contrairement au contrat conclu avec Crowell, un privilège exclusif de relevage, de transmission ou de distribution des lettres; un tel contrat dérogerait probablement au principe énoncé dans l'arrêt *Bury*, si la Société entendait renoncer, expressément ou implicitement, à l'exercice du privilège exclusif que le législateur lui a octroyé. Second cas: on peut montrer que le contrat est préjudiciable à l'exécution de la mission de la Société. En l'espèce, le témoignage de M. Smith, principal témoin cité par la défenderesse, m'amène à conclure que la Convention de concession en cause est utile à l'exécution de la mission de la Société aux termes de la Loi. En concluant ce contrat, la Société s'efforce, en conformité avec son énoncé de mission contenu à l'article 5, de fournir les services de relevage et de distribution des envois et d'assurer les prestations et la fourniture des produits qu'elle estime utiles à son exploitation, et elle vise à adapter, qualitativement et quantitativement, ses prestations et ses produits, tout en veillant à l'autofinancement de son exploitation dans des conditions de normes de service adaptées aux besoins de la population du Canada et en mettant en œuvre, pour ce qui la concerne, le programme de symbolisation fédérale. Comme les autres CMBB, le comptoir postal de Crowell qui fait l'objet de la Convention de concession fournit des services dans un territoire à forte densité de population, sans que la Société ait à engager de capital ou de frais administratifs, du moins des sommes importantes, pour atteindre un objectif, l'autofinancement, que son prédécesseur, le ministère des Postes, n'avait jamais pu réaliser. Je suis convaincu que la preuve m'autorise à conclure que la Convention de concession est un moyen raisonnable pour exécuter la mission de la Société et que le conseil d'administration de Postes Canada a compétence pour l'approuver aux fins de son exploitation.

Finalement, à mon sens, l'interprétation que j'ai donnée à la Loi est compatible avec les objectifs généraux de celle-ci, tels qu'ils ressortent de l'histoire de la législation relative au service postal. Quand le ministre des Postes a présenté la Loi en deuxième lecture devant le Parlement en octobre 1980, il a souligné que le projet de loi était le fruit de discussions avec les intéressés, y compris les syndi-

tal unions, after a decade of disharmony in labour management relations within the Post Office Department, after a series of substantial deficits in its operations, and following a number of studies and earlier proposals. The change from a department to a Crown corporation was expected to result in three specific benefits: management accountability, improved financial procedures, and more effective labour negotiations. The earlier Post Office Department was subject to controls of various other departments; the new Corporation would have full responsibility under its Board of Directors for operations of the postal service, and the independence to function effectively in the market. The importance of its general objects and the factors to be considered in their attainment, set out in section 5, were stressed. The daily management of the postal service is to be assured by the Board of the Corporation, empowered to establish *general policy and to make decisions concerning finance and personnel management without the restrictions generally inherent in the public service.* As in the case of the Post Office Department, the Corporation would have “a monopoly to transport letters, so as to have a guaranteed source of revenue allowing it to ensure the universality of services”, so the Minister of the day commented.

The general structure of the Act and the broad powers granted to the new Corporation, when compared with the arrangements under the earlier legislation and the specific powers previously granted to the Postmaster General, in my view, underline the intent of Parliament to empower the new Corporation so that it might most effectively pursue the general objects set out in section 5, in times of significant and rapid change in technology and in marketing of services. It would be contradictory to this general intent to construe the authority assigned under the new Act more narrowly than the provisions of the Post Office Acts set out in relation to the powers of the Postmaster General. The earlier legislation (see, e.g. R.S.C. 1970, c. P-14, paragraph 5(1)(o) and the analogous provision in S.C. 1867, c. 10, section 10.3) included a specific power for the Postmaster General to “enter into and enforce contracts relating to the conveyance of mail or to any other business of the Canada Post Office.” While it is true that the Postmaster General

cats des Postes, après une décennie de conflits de travail au ministère des Postes, après une série de pertes importantes et après nombre d'études et de projets. Il s'attendait à ce que la transformation du ministère en société d'État ait des avantages dans trois domaines précis: la responsabilité de la gestion, l'amélioration des procédures financières et l'efficacité accrue des négociations ouvrières. Le ministère des Postes devait répondre à divers autres ministères; la nouvelle société d'État, par l'intermédiaire de son conseil d'administration, serait pleinement responsable du fonctionnement des Postes et aurait assez d'indépendance pour fonctionner efficacement. Il a insisté sur l'importance de ses objectifs généraux et sur les facteurs, énoncés à l'article 5, qu'elle devrait prendre en considération dans la réalisation de ces objectifs. L'exploitation quotidienne du service postal incomberait au conseil d'administration de la Société qui serait investi du pouvoir d'établir une politique générale et de prendre des décisions sur le plan des finances et de l'administration du personnel, sans les contraintes que l'on retrouve d'ordinaire dans l'administration publique. À l'instar du ministère des Postes, comme l'a fait observer le ministre des Postes d'alors, la Société exercerait «un monopole sur le transport des lettres afin d'avoir une source garantie de recettes lui permettant d'assurer l'universalité des services».

L'économie de la Loi et les pouvoirs généraux octroyés à la nouvelle société d'État, si on les compare aux caractéristiques de la législation antérieure et aux pouvoirs particuliers attribués auparavant au ministre des Postes, mettent en évidence, selon moi, l'intention du législateur d'habiliter la nouvelle société d'État de telle sorte qu'elle puisse réaliser efficacement la mission énoncée à l'article 5, à une époque de bouleversements techniques et de commercialisation des services. Interpréter le pouvoir attribué par la nouvelle Loi plus strictement que les dispositions des lois sur les postes, au chapitre des pouvoirs du ministre des Postes, irait à l'encontre de cette intention générale. La législation antérieure (voir, par exemple, S.R.C. 1970, ch. P-14, alinéa 5(1)(o) et son pendant, S.C. 1867, ch. 10, article 10.3) conférait au ministre des Postes le pouvoir explicite de «conclure et [de] faire observer des contrats relatifs au transport postal ou à toute autre opération de la poste au Canada». Il est certes vrai que le ministre

did not act under the earlier legislation to contract in the same manner as Canada Post has now done by its Dealership Agreement with Crowell, subject to provisions under earlier legislation concerning postal employees, had he done so that action would, in my view, have been within the specific powers assigned to him. Indeed, as I understand it, the plaintiff concedes that but argues that the practices prevailing under earlier legislation whereby postal employees, as employed by the former department, were intended by Parliament to be continued in the collection and delivering of letters by the new Corporation, Canada Post. In my view, such a reading of Parliament's intent as expressed in the Act would be contrary to the general purposes of the statute, to vest in Canada Post the authority to employ individuals or agents under section 12 as it sees fit and to exercise all the powers of a natural person, subject to any limitations expressed in the Act, to achieve the objects of the Corporation. Neither section 12 nor section 14, in my view, can be read as imposing a limitation on how the Corporation's employees should be organized in relation to the services it performs, including the exercise of its exclusive privilege of collecting and delivering letters.

### Conclusion

For the reasons set out, I conclude that subsection 14(1) does not expressly or impliedly limit the capacity of Canada Post to contract, by grant of a non-exclusive licence to others under agreements similar to that concluded with Crowell, for the contracting party to act on its behalf in the collecting and delivering of letters.

In the result, an order goes dismissing the plaintiff's action for a declaration, with costs.

des Postes ne s'est pas prévalu des dispositions de la législation antérieure pour passer des contrats de la même manière que Postes Canada l'a fait en concluant une Convention de concession avec Crowell, mais, s'il l'avait fait, il aurait eu le pouvoir, à mon avis, de faire précisément cela, sous réserve des dispositions de la législation antérieure touchant les employés de la poste. En effet, si je ne m'abuse, le demandeur concède ce point, mais il soutient que le législateur voulait que la Société canadienne des postes maintienne les usages instaurés sous le régime des lois antérieures, suivant lesquels les employés de la poste sous l'autorité de l'ancien ministère des Postes étaient chargés du relevage et de la distribution des lettres. À mon avis, interpréter ainsi l'intention du législateur exprimée dans la Loi irait à l'encontre des objectifs généraux de la Loi, qui étaient d'investir Postes Canada du pouvoir, aux termes de l'article 12, d'employer le personnel et de retenir les services des mandataires qu'elle estimerait nécessaires, et, au surplus, d'exercer tous les pouvoirs inhérents à la capacité d'une personne physique, sous réserve des limitations formulées dans la Loi, pour exécuter sa mission. Ni l'article 12 ni l'article 14, à mon sens, ne peuvent être interprétés comme apportant une limitation au mode d'organisation du personnel de la Société relativement aux prestations à assurer, y compris l'exercice de son privilège exclusif du relevage et de la distribution des lettres.

### Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le paragraphe 14(1) ne limite pas expressément ni implicitement la capacité de la Société canadienne des postes de conclure des contrats, en accordant une licence non exclusive à des tiers conformément à des contrats semblables à celui conclu avec Crowell, afin que la partie contractante effectue en son nom le relevage et la distribution des lettres.

En conséquence, une ordonnance est rendue, rejetant l'action du demandeur en vue d'un jugement déclaratoire, avec dépens.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be 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.*

## AIR LAW

Application for judicial review of Minister of Transport's decision denying request for certification of heliport—Application on ground Minister exceeded jurisdiction by unlawfully delegating authority—Minister refused certification relying upon Aeronautics Act, s. 6.71(1) and Air Regulations, s. 810—Whether Minister had authority to reject application for certification on grounds of public interest—Act, s. 4.2 elaborating duties of Minister in matters related to aeronautics; responsibilities of wide variety including aviation safety—Minister has statutory authority to refuse application for certification—Whether or not provisions enacted in 1992 could be used to refuse application filed in 1990—Court set three criteria to determine whether to grant adjournment and finally concluded to refuse request—*Prima facie* right of property owner to utilize property in accordance with existing zoning regulations not to be disturbed unless intent to rezone shown to exist prior to application for permit—Law applicable in case is law applicable at time of application—Whether Minister erred by delegating power and determining what constitutes “public interest”—Provision granting discretion to Minister not without limitations—Discretion must be exercised by authority to which granted, must be exercised in independent manner and not be dictated by another body—S. 6.71(1) and Regulation, s. 810 confer upon Minister discretion to refuse certification if not in public interest—Minister took final decision to refuse certification; not bound by any other authority's opposition or approval but could decide to agree or disagree with any other concerns—No unauthorized delegation of power, as Minister indicated considered grounds of formal opposition and as refusal of certification based on Minister's opinion—Minister cannot make determination in vacuum and must often rely on other sources or opinions in order to make clear and informed decision as to whether certificate should be granted—Exercise of discretion must be for purposes or policy objectives of granting legislation—Minister not relying on irrelevant considerations—Application denied—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 4.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 1), 6.71(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 4, s. 14)—Air Regulations, C.R.C., c. 2, s. 810.

CAN-DU AIR LTD. V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT)  
(T-2724-92, Joyal J., order dated 30/3/94, 14 pp.)

## ANIMALS

Application for judicial review of respondent's decision to destroy two cattle owned by applicant—In 1986, disease affecting cattle in U.K. called “Bovine Spongiform Encephalopathy” (BSE)—Applicant imported two cows from U.K. in 1988—Cattle without disease but might have been in contact with cow or thing with BSE—In 1990, Agriculture Canada discontinued issuing import permits for cattle from U.K.—Whether lack of jurisdiction as wording of notice and basis of decision outside statutory language—Whether decision-maker's exercise of discretion fettered by Canada's commitment to foreign trading countries that all cattle imported from U.K. ought to be destroyed—Standard of review herein whether jurisdiction correctly exercised—In Health of Animals Act, s. 48(1), Minister afforded great deal of discretion upon which to base decision to require destruction of animals—Basing decision on suspicion of contact not amounting to jurisdictional error—Court should avoid narrow, technical construction of statute and endeavour to give effect to legislative intent—No excess of jurisdiction—Decision based on general information about BSE, situation in U.K. and risks to Canadian cattle and exports—Consideration given to possibility animals may not be affected by disease, but not sufficient to change decision being made—Agriculture Canada admittedly took extremely cautious approach to risk of BSE outbreak in Canada, including decision to destroy all 270 cattle in Alberta herd—Crucial to decide who is decision-maker as regards to cattle—Agriculture Canada committed to killing all cattle imported from U.K.; this decision affecting applicant's cattle, not actions taken by inspector—Inspector (doctor) had no responsibility to decide and therefore, had no discretion which could be fettered by any policy decision of Minister; Minister took decision on recommendation of doctors—Suspicion of cows being in contact with animal or thing affected with or suspected to be affected with BSE not irrelevant consideration for decision-maker to take into account—Agriculture Canada entitled to do so given urgency and seriousness of situation and risks involved—Decision to destroy cattle made in good faith and in interest of public; factor outweighing property rights of applicant and decision should not be interfered with—Requirements of procedural fairness must be determined in context of given decision and having regard to circumstances surrounding decision—Minister acted within discretionary jurisdiction conveyed in s. 48(1) of Act—Appli-

**ANIMALS—Concluded**

cation dismissed—Health of Animals Act, S.C. 1990, c. 21, s. 48(1).

DAVID HUNT FARMS LTD. v. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-153-94, Cullen J., order dated 10/3/94, 20 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL**

Application for stay of deportation order—Applicant's, former Soviet sailor, refugee application dismissed resulting in unconditional deportation order—Application for leave and for judicial review in respect of alleged refusal to consider application under Immigration Act, s. 114(2), seeking in effect *mandamus* to require decision—Applicant did not demonstrate irreparable harm—Court should not grant stay of deportation pending determination of judicial review where judicial review pending herein not attack on deportation order but rather attack on Minister's action in respect of application for discretionary decision in applicant's favour pursuant to s. 114(2)—Decision remaining and treated like valid order—According to s. 48 of Act, obligation to execute order "as soon as reasonably practicable"—Nowhere in Act execution of order made subject to proper completion of consideration of application for exceptional discretionary treatment for deportee if such has been filed under s. 114(2)—Based on power now defined in Federal Court Act, s. 18.2 not appropriate to stay execution of valid order made by adjudicator—Appropriate to issue interlocutory injunctions or stays only when allegation defendant or respondent doing something unlawful—Stay of deportation refused—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

SHCHELKANOV v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1515-94, Strayer J., order dated 12/4/94, 9 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Application for judicial review of Refugee Division decision allowing application to file document and dismissing application to withdraw, and of decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Zaire, refused to produce personal information file at hearing on his refugee status since document protected by professional secrecy—According to counsel for applicant, refusal prejudiced member of panel against her client which had direct impact on decision on merits; panel did not have unbiased approach inherent in its functions—Procedure to claim status under Immigration Act allows claimant to rely on professional secrecy when services of counsel used in order to more effectively assert his interests—Notes taken from claimant and prepared to enable counsel to assist him in making up personal information file very essence of solicitor-client privilege: sole purpose of such communications to enable counsel to represent interests of client—Our law ensures such communications confidential to guarantee information will be complete and without discrepancies as to facts related—Immigration Act, s. 67(2) and of Convention Refugee

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Determination Division Rules, s. 18(1)(m) do not have effect of overriding solicitor-client privilege—Threat made by panel that it would draw its conclusions if document not filed had effect of giving applicant reasonable grounds to believe panel not impartial—Decision dismissing applicant's refugee status application quashed and matter referred back to panel of different members—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 67(2)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/89-103, s. 18(1)(m).

BITUMBA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1023-93, IMM-3906-93, Noël J., order dated 25/2/94, 5 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision no humanitarian and compassionate grounds for allowing applicant to apply for landing from within Canada—Applicant, citizen of Ghana, allowed short time to make further submissions and documentation concerning claim for exemption on humanitarian and compassionate grounds between pre-removal review and interview—No breach of natural justice arising from short notice—Applicant indicated no friends or family in Canada; at interview, when asked if he had further submissions, applicant said had brother in Canada willing to sponsor for landing—Even if true applicant had brother in Canada, would not constitute humanitarian and compassionate grounds—When applicant arrived for departure interview and submitted additional materials, was asked for money order of \$450 which he paid thinking for application for landing instead of review—Confusion arising—Commission should consider amending form letter with respect to departure interviews to make clear to applicants requirement to pay fee if further review on humanitarian and compassionate grounds made—Application dismissed.

APIIAH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1056-93, Reed J., order dated 26/4/94, 4 pp.)

In July 1994, Minister of Citizenship and Immigration announcing regulations would be adopted whereby failed refugee claimants would be entitled, if still in Canada after three years had elapsed from date of negative decision of Board on their refugee claim, and if certain other conditions met, to apply for landing—Announcement resulting in several applications for adjournment of cases scheduled for hearing in this Court—Since announcement, those appellants concerned if successful in appeal and Board decision set aside, any right they might soon have under new regulations to apply for landing would be eliminated along with quashing of existing negative Board decision rejecting claim—Applications for adjournments of appeals rejected in two cases on basis adoption and content of regulations matters of speculation, and even if adopted as suggested, any problems created for appellants would be attributable to regulations and not to fact Court decided to hear appeals as scheduled—Following these decisions, appellants herein, in order to achieve similar purpose, applied that Court, while granting consent order setting aside CRDD's negative decision on appellants' refugee claim, should attach condition "preserving" date of previous negative decision for any administrative purposes under Immigration



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Act or regulations—In effect, such condition amounting to direction regulation be interpreted and applied so as to ensure appellants' three qualifying years would still start to run on date of original negative decision (May 9, 1991), notwithstanding fact it has been set aside—Appeal allowed as consented to by respondent, namely Board order set aside and matter referred back for redetermination, but request to preserve date of previous negative decision refused—No authority for such extraordinary order—Would also be wrong in principle for same reasons adjournments refused: consequences for appellants with respect to applications for landing, as failed refugee claimants not yet removed from Canada, will flow from future regulations, and government policy embodied therein, not from decisions of Court—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

VERBITSKAIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-979-91, Strayer J.A, judgment dated 6/10/94, 3 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Appeal from Citizenship Judge's decision appellant without sufficient knowledge of Canada to be granted citizenship—Appellant applied for citizenship and was given booklet instructing applicants not to memorize all details contained therein but to be prepared to answer general questions concerning Canada to demonstrate knowledge of country and political system—Citizenship Judge denied appellant citizenship because could not answer certain questions: (1) year of proclamation of Canada's official colours; (2) date of proclamation of maple leaf flag; (3) Canada's head of state; (4) name of first Prime Minister; (5) year Canada joined United Nations; (6) name of first black person elected to House of Commons; (7) term of office of Governor General—Enormously unfair to treat people this way—Kind of questions you need to memorize every detail set out in materials given to applicants—Appellant demonstrated clearly sufficient knowledge of Canada to be granted citizenship—Appeal allowed.

PETTI (RE) (T-2340-93, Reed J., order dated 20/4/94, 2 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision cancelling stay of removal order and directing execution of order—Applicant born in Australia and granted landed immigrant and permanent resident status in Canada—Biological father, Canadian citizen, adopted applicant pursuant to Child Welfare Act of Alberta—Applicant's father did not register son's birth or adoption with Canadian authorities; as adult, applicant did not take out Canadian citizenship because, by virtue of father's citizenship, thought it was automatic—Removal order made against applicant in 1985 pursuant to Immigration Act, s. 27(1)(d), removal of permanent residents with history of criminal convictions—Whether applicant Canadian citizen—In 1977, applicant entitled to become Canadian citizen as met criteria of Citizenship Act, s. 5(1)(b) as natural born child of father with Canadian citizenship and by reason of adoption—S. 4(3) of Act registration not condition precedent to entitlement—By virtue of s.

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

3(1)(e) applicant citizen of Canada—Board acted without jurisdiction in making order—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78)—Citizenship Act, R.S.C., 1970, c. C-19, ss. 3(1)(e), 4(3) (as am. by R.S.C., 1985, c. C-29), 5(1)(b) (as am. *idem*)—Child Welfare Act of Alberta, R.S.A., 1984, c. C-8.1, s. 60(1) (as am. by R.S.A., 1988, c. 15, s. 35).

BELL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1059-92, Simpson J., order dated 22/3/94, 5 pp.)

#### *Convention Refugees*

Application for judicial review to determine whether Refugee Division authorized to ask documentation centre for more information on state of law in Poland, when hearing had ended and matter taken under advisement, and to determine whether analysis by tribunal of additional information obtained was reasonable—Applicant, citizen of Poland, claimed refugee status on basis of valid fear of persecution on account of religion, political opinion and membership in particular social group—In 1989 while in Canada applicant sentenced to term of imprisonment for breach of Polish criminal code—Felt he would be imprisoned if he had to return to Poland—After hearing of refugee status application over members considered and accepted as evidence criminal code revision conducted throughout 1990 since Solidarity had come to power, and state of Polish criminal law should be verified—After obtaining this information from documentation centre, panel summoned applicant and re-hearing held—Applicant alleged excess of jurisdiction by panel in search for information—Held: panel acted "for purposes of hearing" as, during time of case taken under advisement, relying on evidence which suggested relevance of documents questionable, it could "do any other thing necessary to provide a full and proper hearing": of Immigration Act, s. 67(2)(d)—As it had not yet ruled on refugee claim, Refugee Division had not lost jurisdiction and could exercise powers conferred on it by Act "provided it did so appropriately and gave the applicant an opportunity to be heard when the hearing resumed": *Salinas v. Canada*, [1992] 3 F.C. 247 (C.A.)—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 67(2)(d).

SZYLAR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-378-93, Denault J., judgment dated 6/5/94, 4 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicant not Convention refugee based on changed country conditions—Applicant, citizen of El Salvador, basing claim on alleged well-founded fear of persecution by reason of membership in particular social group and political opinion—Applicant's son labour union leader in El Salvador pursued by death squads—Husband attacked, house ransacked by death squad—They fled country in 1984—Appropriate test of changing country conditions or circumstances requiring fundamental and significant change of proven durability or significant, effective and dura-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ble change—CRDD's analysis not meeting completely test of changing country conditions—Application allowed.

VELASQUEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-990-93, Gibson J., order dated 31/3/94, 6 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division's decision applicants not Convention refugees because of negative finding of credibility—Applicant and three children, citizens of Sri Lanka, claiming refugee status on basis of race, religion, political opinion, membership in particular social group—Whether tribunal erred in law in accepting into evidence and considering Minister's factum from husband's leave application for judicial review—Such evidence submitting husband's Convention refugee claim rejected because no credible basis—Tribunal determined under Immigration Act, s. 68(3) factum could be accepted—Applicant alleging breach of rules of natural justice, particularly as Federal Court of Appeal allowed husband's application and set aside negative decision of credible basis panel in February 1993—S. 68(3) conferring on tribunal broad discretion as to what it can admit as evidence which must be credible and trustworthy: *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.)—Board correctly determining evidence admissible pursuant to s. 68(3) and Board's duty to assess evidence and decide weight to ascribe to it, but given inflammatory nature of evidence also Board's duty to indicate in decision what weight in fact ascribed to factum—Board erred as failed to refer to evidence in decision—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 68(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

ARUMUGANATHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1808-93, Rouleau J., order dated 25/3/94, 8 pp.)

Application for judicial review of credible basis tribunal's (one adjudicator and one Immigration and Refugee Board Refugee Division member) decision applicant without credible basis for claim to be Convention refugee—Applicant, citizen of Iran, made Convention refugee claim after being arrested and detained on arrival to Canada—Prior to inquiry, applicant attended two detention reviews at which same adjudicator presided—Whether fact same adjudicator at detention reviews and at credible basis inquiry creating reasonable apprehension of bias—Adjudicator's conclusions at detention reviews, following which detention continued, based in large measure on assessment of credibility—Adjudicator twice considered applicant's credibility in detention reviews and canvassed exactly same evidence as subsequently considered at inquiry—In this situation, reasonable apprehension of bias—Application allowed.

ASHOORNIA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1465, Simpson J., order dated 22/3/94, 3 pp.)

Application for judicial review of panel's deportation order following decision applicant ineligible to make Convention refugee claim, having overstayed student visa—At first inquiry, departure notice issued—Failed to comply—At sec-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ond inquiry, refugee claim made for first time—Whether applicant ineligible to have refugee claim determined by reason of Immigration Act, s. 46.01(1)(f)—S. 46.01(1)(f) preventing assertion of unnecessary and unwelcome claims and establishing procedural closure on making of claims; claimants violating departure notices prohibited from claiming refugee status at subsequent inquiries—S. 46.01 subject to requirements of fundamental justice found in Charter, s. 7—No breach of Charter, s. 7—At first inquiry, at which departure notice issued, applicant was asked whether wished to make refugee claim and replied in negative—No allegations about disabilities affecting applicant at first inquiry or any procedural unfairness—Panel's finding consistent with objective of s. 46.01 to provide reasonable finality with respect to assertion of refugee claims—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(1)(f) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

PANJWANI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2804-92, Simpson J., order dated 22/3/94, 6 pp.)

Appeal from adjudicator's decision appellant not Convention refugee—Perceived political opinion not to be ascribed to all individuals finding themselves victimized by government forces in civil war even if they live in area of insurgency—Evidence to establish requisite linkage between tragic bombing of appellant's village and political opinion perceived by Afghani government and Russian military allies too tenuous—Appellant's subjective fear of returning to Afghanistan not objectively related to ground specified by Convention refugee definition—Appeal dismissed.

SHEREEN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-913-90, Mahoney J.A., judgment dated 21/3/94, 2 pp.)

Appeal from Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision appellant not Convention refugee—Appellant, citizen of Sri Lanka, claiming protection of refugee status on basis of race—Applicant had problems with Sri Lankan army, navy and with particular social group—Failure of appellant to mention in personal information form specific incident where armed insurrection group (LTTE) gained total control of his home area in Sri Lanka—LTTE demand cannot be seen as isolated act of harassment because willing to kill appellant's family members for money appellant promised to pay—Whether manner in which members of panel intervened at hearing correct—No reasonable apprehension of bias—In absence of refugee hearing officer, reasonable for both members to attempt to clarify or reconcile points of testimony, and for presiding member to intervene to preserve good order of hearing—Panel hearing claim for refugee status must be allowed reasonable latitude, consistent with statutory mandate, in questioning claimant—Whether natural justice denied when presiding member interfered with counsel's attempt to re-examine incident absent from personal information form—While appellant's responses under cross-examination may have appeared on surface to be exhaustive, not reason to deny

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

opportunity of testifying on point by way of re-examination—Reasonable opportunity of presenting evidence, which statute grants to refugee claimant at hearing, also denied—Appeal allowed.

KANAGASEKARAMPILLAI V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (A-171-91, Stone J.A., judgment dated 22/4/94, 9 pp.)

Application for judicial review to set aside Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision claimant would have reasonable fear of persecution if returned to homeland but excluded from status of refugee by virtue of United Nations Convention on Refugees, art. 1.F(a)—Claimant, son of former President of Somalia, officer in Somali army—Claimant allegedly committed crimes against humanity or acts contrary to purposes and principles of United Nations because member of Barre regime and governor of prison where torture and atrocities occurred—Claimant alleging denial of natural justice because of failure to disclose documents concerning witnesses and because no chance to cross-examine one witness—Immigration Act, s. 69.1(5) refugee hearings requiring fairness and degree will depend on circumstances of particular case—Tribunals have wide discretion as to procedure adopted and by s. 68(3); CRDD not bound by legal or technical rules of evidence—Requirements of fairness not met; claimant should be given reasonable opportunity to test evidence through cross-examination and use made by tribunal of unsworn statements of witness as to role of claimant in Somalia, unfair—Application allowed and matter referred back for hearing—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 68(3), 69.1(5) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 29, art. 1.F(a).

SIAD V. CANADA (SECRETARY OF STATE) (A-1060-92, Strayer J., order dated 12/4/94, 10 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant victim of discrimination or harassment, but not persecuted—Applicant, citizen of People's Republic of China, involved in student uprisings, arrested, detained, name placed on "black file" which prevented him from obtaining employment or returning to school to upgrade qualifications—Arriving in Canada in 1992 and claiming refugee status on basis of well-founded fear of persecution by reason of political opinion—Whether blacklisting persecution or merely discrimination—Whether panel erred by making conclusions unsupported by evidence—In *Oyarzo v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 779 (C.A.), Federal Court of Appeal suggesting refusal of permission to continue education because of political opinion factor to be considered in refugee claim—Difficulties in obtaining employment, together with other considerations, part of determination of Convention refugee status: *Ovakimoglu v. Minister of Employment and Immigration* (1983), 52 N.R. 67 (F.C.A.)—Panel not properly appreciating evidence applicant suffering restrictions on right to earn livelihood and access to normally available educational facilities—Ability to sustain oneself normally depending upon opportunity to work and earn livelihood—If state taking steps to prevent person from securing employment in country in which state controlling economy, conse-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

quences substantially prejudicial to person concerned—Systematic governmental interference with opportunity to find work serious restraint on individual—If blacklisting only restricting ability to find employment through certain channels but not through others, action not necessarily amounting to persecution—If, as alleged by applicant, blacklisting making it illegal to be employed by anyone in China, possible no potential employer would be willing to risk consequences of employing applicant—Panel not obligated to accept evidence suggesting only employment opportunity for applicant in China through illegal means, but not entitled to ignore it—Panel's conclusion no legal reason why applicant could not be employed by former employer contrary to evidence before it—Panel made finding of fact without regard to material and erred in manner justifying relief—Application allowed—Federal Court Act, s. 18.1(3), not giving Federal Court jurisdiction to substitute its decision for that of tribunal whose decision under review—Court having jurisdiction to refer matter back for redetermination in accordance with appropriate directions—Directions in nature of directed verdict should only issue where case straightforward and decision of Court on judicial review dispositive of matter before tribunal—Generally Court should leave to specialized tribunals right to make decisions on merits—Matter referred back for redetermination to differently constituted panel—Parties directed to produce evidence as to whether blacklisting rendering it illegal for person to be employed in China or whether only limiting employment opportunities and seriousness of such limitations—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

XIE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1573-92, Rothstein J., order dated 3/3/94, 8 pp.)

Appeal on certificate by Trial Judge under Immigration Act, s. 83(1)—Respondent, citizen of Sri Lanka, married to Tamil—Well-founded fear of persecution by Sri Lankan army as attempted to get respondent to identify Tamil Tiger activists—Refugee Board found respondent had internal flight alternative (IFA) in Colombo where army only bothered young Tamil males—Trial Judge found Minister failed to discharge onus of proving IFA and that Board erred in concluding IFA available—Trial Judge certified two questions: (1) where does onus of establishing existence of IFA lie?; (2) what is meaning of words "unreasonable in all the circumstances for the claimant to seek refuge there" as used in *Rasaratham v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 706 (C.A.)—Trial Judge erred in assigning burden on Minister to prove existence of IFA once well-founded fear of persecution established—Circumstances will vary from case to case and must be relevant to IFA question—Trial Judge correct in concluding Refugee Division erred in finding IFA—Once well-founded fear of persecution at hands of national army in part of country it controlled established, not reasonable to expect respondent to seek refuge in another part of Sri Lanka controlled by same army—In circumstances, no need to specify whether new panel or same panel to consider decision on basis not inconsistent with reason of Trial Judge as modified herein—Federal Court of Appeal cannot declare respondent Convention refugee as Trial Judge could not, on judicial review, have made pro-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

posed declaration—Appeal allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. SHARBDEEN (A-488-93, Mahoney J.A., judgment dated 21/3/94, 3 pp.)

## CIVIL CODE

Bank of Montreal employee made large personal profits by using Bank funds to speculate in foreign currencies—Employee assessed by MNR as owing \$350,000 income tax—Employee's assets seized and Bank failed in litigation in Superior Court and in Court of Appeal to obtain payment and declaration Bank owner of certificate of deposit by reason employee not subject to fiduciary duty—Employee obtained injunction from Superior Court to compel Bank to pay monies represented by certificate of deposit to MNR on account of income taxes—Bank appealed to Supreme Court of Canada which held transactions by former employee of Bank fraudulent and employee indebted to Bank—MNR refused to reimburse Bank for monies which it paid on account of income taxes of former employee—Whether Bank entitled to return of monies paid on account of income tax debt of former employee—Action instituted by Bank premised on principle in Civil Code of Quebec, art. 1140, every payment presupposes debt and what has been paid in absence of debt may be recovered—Bank paid under protest to MNR monies from certificate of deposit on account of income tax debt of employee and Supreme Court of Canada held Bank to be owner of these funds; Bank entitled to recovery of its monies: *The Queen v. Premier Mouton Products Inc.*, [1961] S.C.R. 361—No error of fact or law committed by Bank in making payment to MNR—In refusing to return monies to lawful owner, MNR sought to force victim of fraud to pay income taxes owed by perpetrator of crime; to say this is manifestly unjust is only to state patently obvious—Failure of MNR to return monies following unanimous decision of Supreme Court Bank owner of funds, constituting bad faith—MNR shall pay to Bank sum of \$293,869.58 with interest and additional indemnity—Civil Code of Quebec, art. 1140.

BANK OF MONTREAL V. M.N.R. (T-2126-90, McGillis J., judgment dated 7/2/94, 11 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### CUSTOMS ACT

Appeal from Trial Division decision allowing in part action to recover amount plaintiff (Plaza) forced to pay as consequence of ascertained forfeiture pursuant to Customs Act, ss. 35, 36, 37 and 192(1)(c) and cross-appeal—Plaza, specializing in sports clothing, imported goods from Far East under trade mark "Anne Klein"—Search at Plaza's head office by customs officers disclosed existence of second series of invoices covering same goods which were imported, not from Far East but from New York corporation (Manhattan), no ref-

## CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

erence made to Far Eastern manufacturers on invoices and selling prices indicated on customs invoices increased by 15% and 5%—Search secondly disclosed existence of other documents certifying payments made by Plaza to Manhattan in connection with said goods—Plaza maintained its business relations with Manhattan set out in two contracts consisting solely of relationship of agent to principal and assignor to assignee—Impossible to properly assess legal nature of contractual relationships between parties relying solely on legal terms used in their written agreements, still less on commercial agreements they sought to establish—Manhattan cannot legally be seen as agent of Plaza for purchase of goods in Far East; intention instead to give plaintiff right to sell "Anne Klein" products in Canada and enable it to use this right by giving it means to obtain supplies as required, since Manhattan held exclusive right to design and manufacture "Anne Klein" products in America—Relations between Plaza and Manhattan had all essential characteristics of seller-buyer relations—Fines imposed on Plaza for other omissions not confirmed since Trial Judge accepted explanations by president of Plaza and concluded he acted in good faith; eliminating fraudulent intent required for imposition of fine—Appeal allowed and cross-appeal dismissed—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 35, 36, 37, 192(1)(c).

SIGNATURE PLAZA SPORT INC. V. CANADA (A-453-90, Marceau J.A., judgment dated 28/2/94, 15 pp.)

## FEDERAL COURT JURISDICTION

Privative provision in Canada Labour Code, s. 243—Application for judicial review of adjudicator's decision based on: (1) lack of jurisdiction; (2) decision based on erroneous finding of fact, made in perverse manner; (3) failure to consider legal authorities submitted—Adjudicator had to resolve whether respondent unjustly dismissed—Canada Labour Code, s. 243 providing adjudicator's orders final, not reviewable by any court—Privative provision gradually diluted in case law to point that where issue goes to administrative tribunal's jurisdiction, standard governing judicial review of tribunal's order one of correctness: *Canadian Pacific Air Lines v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724—Labour Code, s. 242(3.1) prescribing jurisdiction where adjudicator must first determine if complainant had been laid off, and if so, whether because of lack of work, or because discontinuance of function; these issues central to adjudicator's jurisdiction even to consider complaint—Adjudicator declined to exercise preliminary jurisdiction by declining "to consider whether complainant laid off because of factors perceived"—Notion of lay-off of Code importing notion of no blame on employee's part; hard times or change of employer's business operations—Respondent indeed laid off within meaning of s. 242(3.1)(a) and consequently, adjudicator proceeded without jurisdiction to consider complaint under s. 242(3)—Application allowed—Adjudicator's decision quashed; immediate effect to dismiss respondent's complaint—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242(3.1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16), 243.

AIR CANADA V. DAVIS (T-2972-92, Muldoon J., order dated 4/3/94, 16 pp.)

## FISHERIES

Appeal from Motions Judge's decision ([1993] 2 F.C. D-35) rejecting claim respondent exceeded jurisdiction and violated principles of natural justice when refusing to issue fishing license for 1993 and reducing individual transferable quota to zero—Appellant charged with excess catch in violation of Fisheries Act, ss. 61(a), 79(1), and with conspiracy to commit indictable offence of uttering forged documents contrary to Criminal Code, s. 465(1)(c)—*Per Desjardins J.A.*: Motions Judge of view Minister's action being related to licensing matters, administrative and duty to act fairly at minimum—No clear-cut distinction between procedural fairness applied to administrative decisions and natural justice applied to quasi-judicial decisions—Precise contents depending on circumstances of case, statutory provisions and nature of matter to be decided—Nature of proceedings before Minister in high end of scale with respect to application of natural justice and procedural fairness—Minister entitled to decide matter on balance of probabilities—Appellant given full opportunity to put case before Minister—*Per MacGuigan J.A.*: In Fisheries Act, s. 7, Minister's discretion to issue fishing licenses subject to same legal limitations whether or not described as absolute—No longer any need to preserve distinction between quasi-judicial and administrative acts—Essentially, natural justice and procedural fairness both requiring same safeguards in any given situation—Exigencies of natural justice or fairness discoverable only by close examination of all circumstances—Appeal dismissed but without costs awarded—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 61, 79—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(1)(c).

EVERETT V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS)  
(A-385-93, Desjardins, MacGuigan J.A., judgment dated 25/3/94, 13 pp.)

## HEALTH AND WELFARE

Judicial review—Legitimate expectation—Role of CHRC in judicial review proceedings—Application seeking orders quashing two decisions of CHRC sending two complaints for full inquiry—Respondents alleging refusal by Department of Health and Welfare to make family allowance cheques payable to male complainants discrimination on basis of sex—Family Allowances Act, s. 7(1) provided family allowance benefits payable in respect of child, would be paid to female parent except where Regulations provided otherwise—In 1989, Regulations provided cheques payable to male parent if had custody of child, if agreement existed between parents or if Minister determined special circumstances—Payment of family allowance benefits discontinued in 1993; replaced by child tax credit system—Complaints of respondents referred by CHRC to Tribunal pursuant to Canadian Human Rights Act, ss. 44(3)(a) and 49—Applicant arguing decision of CHRC to refer complaints to Tribunal, made without regard to rules of natural justice, particularly doctrine of legitimate expectations and unreasonable—Government decision to discontinue family allowance benefits made long time before CHRC decided to mount full scale inquiry—Results of inquiry would have no impact, scheme having been abolished—Existence of general duty of fairness depending on nature of decision to be made by administrative body, relationship existing between body and

## HEALTH AND WELFARE—Continued

party in question and effect of decision on individual rights—Alleged discrimination related to operation of government program of general application and involved distribution of significant sums of money—Changes to way program operated including amendments to relevant regulations had been made by Department at CHRC's request; Department then operated program in reliance on agreement—Applicant relied upon agreement which had previously been reached and asked CHRC to communicate further with Department if CHRC resiling from agreement; CHRC had obligation to do so as matter of fairness—CHRC exercising public policy function as well as deciding upon individual complaints; normal procedure to discuss fundamental changes in policy with Department before pronouncing upon them—If proposing fundamental change in policy which has been agreed upon earlier, obligation, flowing from doctrine of legitimate expectation, to apprise Department of fact and reasons so Department can respond before invoking full scale Tribunal inquiry with all attendant costs and effort—Commission's decisions should be quashed, having failed to adequately apprise applicant—Applicant further arguing whether CHRC party or intervenor, CHRC without authority to make representations on merits of case and whether rules of fairness have been complied with—Tribunal may make representations respecting tribunal's jurisdiction and play explanatory role with respect to tribunal's record: *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684—Limited role rule not meant to be applied automatically in all cases of judicial review without some assessment of nature of tribunal in question and grounds on which decision challenged, such assessment to be undertaken in context of purpose behind rule accords tribunals only limited role in judicial review applications—Commission plays particular role on behalf of complainants—Respondents herein will not obtain significant economic benefit from outcome of complaints, therefore not interested in hiring legal counsel to represent them for purposes of present judicial review application—Neither of respondents have knowledge of facts underlying applicant's challenge to Commission's decision; procedure which CHRC followed under review—In limiting Commission's role, Supreme Court did not intend to prevent response to applicant's position—CHRC's decisions quashed—CHRC as intervenor, can participate fully in application, including right of appeal—Family Allowances Act, R.S.C., 1985, c. F-1, s. 7(1) (as rep. by S.C. 1992, c. 48, s. 31(1))—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 44(3)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (PRESIDENT, HUMAN RIGHTS TRIBUNAL) (T-1875-92, Reed J., order dated 8/3/94, 22 pp.)

Practice—Application for staying order pending determination of motion and amendment of protective order granted in proceeding—Stay of proceedings never granted as matter of course; matter calling for exercise of judicial discretion in determining whether stay should be ordered in particular circumstances of case—Power to stay should be exercised sparingly and stay only be ordered in clearest cases: *Varnum v. Canada*, [1987] 12 F.T.R. 34 (F.C.T.D.)—Three elements ought to be examined: serious issue to be tried, irreparable harm not compensable in damages, balance of convenience—

**HEALTH AND WELFARE—Concluded**

Serious issue to be tried on appeal of order—No irreparable harm established—General principle of Court and process being open to public scrutiny, including access for public to Court documents fundamental to system of justice: *Apotex Inc. & Novopharm Ltd. v. The Wellcome Foundation Limited*, (T-3197-90, October 27, 1993, F.C.T.D.)—Order preventing counsel from showing relevant evidence to client in order to get instructions, while not unknown, should only be granted in very unusual circumstances; onus on defendant to establish need for such restriction on ordinary disclosure of materials which may be relevant to issues in case—Protective order existing on consent and drafted by parties but not including “For Counsel’s Eyes Only” provision—In litigation involving highly technical or scientific information, information made available to counsel by virtue of court order, of little or no use if counsel cannot consult with client with respect to information—Application not granted—Extension of time to appeal granted.

ZENECA PHARMA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1454-93, Gibson J., order dated 18/4/94, 11 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Capital Gains*

Appeal from Trial Division judgment reversing Tax Court of Canada decision dismissing respondent’s appeal—Respondent professional engineer and member of partnership doing business in several provinces in Canada; respondent retired from company in 1983 and received \$110,000 as his share of partnership income for fiscal year ending January 31, 1984—For 1984 taxation year respondent reported total income received from partnership as if all earned in Quebec, where he had residence—Partnership had earned income in nine provinces, only 12.8% in Quebec—Minister assessed respondent as if 87.2% of income earned in provinces other than Quebec and reduced Quebec income tax abatement and assessed provincial tax—Respondent contended he should be assessed as Quebec resident who had no source of income outside Quebec—Under Income Tax Act, s. 96(1) taxpayer’s income calculated as if partnership had distinct legal personality: income of partnership is allocated to its members in proportion to share of each member in partnership; each member deemed to have received his or her share from each source and from each place in same proportion as partnership; partnership’s income “flows through” to income of each of its members—Under s. 96(1.1), person who has ceased to be member of partnership deemed to be member: amounts representing person’s share in partnership’s income must be included in computing his or her income “notwithstanding any other provision” of the Act—Act, s. 96(1) creating set of fictions for computing income of taxpayer who is (or deemed to be) member of partnership; s. 96(1)(f) allocates to taxpayer share of partnership’s income as if received by taxpayer from same sources and from sources located in same places as partnership itself—S. 96(1) determines how taxpayer to whom it applies must compute income

**INCOME TAX—Continued**

and computation necessarily reflected in computation of taxpayer’s taxable income and tax—As partnership earned 87.2% of its income in provinces other than Quebec, respondent deemed to have done same in so far as share of income concerned—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 96(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 53 (item 12); 1983-84, c. 1, s. 43(1)), (1.1) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 60(2)).

CANADA v. LACHANCE (A-1296-92, Hugessen J.A., judgment dated 2/3/94, 11 pp.)

*Deductions*

Appeal from Tax Court’s decision defendant entitled to deduction under Income Tax Act, s. 20(1)(gg)—Defendant, trader in commodity futures, purchased, on physical market, quantities of gold and silver bullion and sold contracts for future delivery at same price, to ensure defendant, in buying bullion, did not increase its net exposure to price fluctuations in market—Purchase and sale of physical quantities of bullion made on advice of defendant’s accountant pointing out tax deduction available pursuant to Income Tax, s. 20(1)(gg)—Purpose of temporary provision of Income Tax to allow some relief to businesses from increased tax liability due to “false” profits created by effect of high inflation on year-end inventories—Requirement of s. 20(1)(gg) transaction must fall into place as part of undistinguished common flow of company’s business, should form part of ordinary course of company’s business as carried on, calling for no remark and arising out of no special or particular situation—Gold bullion owned by taxpayer at beginning of 1978-79 fiscal year not qualifying as not inventory in respect of taxpayer’s business—S. 248(1) inventory usually acquired for purpose of selling it to make profit; gold and silver bullion not acquired for any trading purpose and no intention of making profit—Structure of transactions demonstrating no profit could be made and expenses bound to be incurred—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(gg) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14(1)), 248(1).

CANADA v. BASTION MANAGEMENT LTD. (T-1344-88, Reed J., judgment dated 11/4/94, 8 pp.)

Appeal from Tax Court’s decision confirming reassessment of plaintiff’s income tax for 1978, 1979, 1982, 1983, 1984 taxation years—Plaintiff, sales representative, entitled to car allowance and company reimbursing gas, oil, lubrication, parking expenses—Car allowance included in returns as part of income and car expenses deducted from employment income—In 1982, 1983, 1984 other expenses related to car deducted in income tax returns—To be able to deduct expenses for purpose of earning commission income under Income Tax Act, s. 8(1)(f) or to deduct expenses for travelling in course of employment pursuant to s. 8(1)(h), plaintiff must meet certain criteria: required to carry out duties away from employer’s place of business, required to pay own expenses, not in receipt of reasonable allowance for travelling expenses—Plaintiff not obliged to use his car and pay costs of operating car—Plaintiff in receipt of reasonable allowance for travelling expenses—Plaintiff alleging allowance not covering all expenses—Not making reasonable use of vehicle—Plaintiff not demonstrating unreasonable for employer to expect use of vehicle in efficient

**INCOME TAX—Concluded**

way, with allowance being expected only to pay for incremental use of car as work required—Action dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 8(1)(f),(h).

HUDEMA v. CANADA (T-474-89, Strayer J., judgment dated 23/3/94, 7 pp.)

*Income or Capital Gain*

Application for judicial review of Tax Court's decision monthly housing subsidy not taxable allowance—Respondent, member of RCMP, transferred from Regina to Toronto and received \$700 each month as housing subsidy by Department of Supply and Services—Respondent not including housing subsidy in income on tax return—Case law has defined allowance in Income Tax Act, s. 6(1)(b) as composed of three elements constituting allowance: (1) arbitrary amount i.e. predetermined sum set without specific reference to any actual expense or cost; (2) encompassing allowances for personal or living expenses, for specific purpose; (3) allowance in discretion of recipient because no need to account for expenditure of funds towards actual expense or cost—Housing subsidy has all legal characteristics of taxable allowance, meeting three elements above; not case of reimbursement for particular expense—Allowance "hidden" or "concealed increase in remuneration" which must be treated as income—Application allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 6(1)(b).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MACDONALD (A-1523-92, Linden J.A., judgment dated 23/3/94, 7 pp.)

**INJUNCTIONS**

Application for interlocutory injunction to prevent from terminating applicant's employment in industrial paint apprenticeship program at correctional institution by reason of refusal to voluntarily participate in sex offender treatment program—In main action, applicant seeking: (1) declaration cannot be forced to take treatment program; (2) declaration cannot be fired from employment in apprenticeship program; (3) declaration cannot be transferred to another institution—Applicant, serving sentence of six years because of sexual assault and uttering threats, given no choice but to transfer to another institution to participate in sexual treatment program—Whether priority to sexual treatment program or apprenticeship program—In *Horii v. Canada*, [1992] 1 F.C.R. 142 (C.A.), three-part test in injunction matters: serious issue to be tried, irreparable harm, balance of convenience—Corrections and Conditional Release Act new law where obligations of Correctional Service of Canada (CSC) in relation to programming not clearly defined; issues raised by statement of claim of serious nature—Applicant not meeting onus to establish irreparable harm if injunction not granted—Public interest critical element in balance of convenience test—CSC statutory obligation to regard protection of society—Community has interest in ensuring convicted sex offenders returning to community have taken all possible measures to reduce risk of recidivism—Sex offender programming directly related to applicant's offence character-

**INJUNCTIONS—Concluded**

istics—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.

KUIPERS v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-450-93, Gibson J., order dated 31/3/94, 12 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

## PREROGATIVE WRITS

*Certiorari*

Application for writ of *certiorari* or declaration Director General, Postings and Career Officer's (DGPCO) decision following recommendation of Canadian Forces Career Review Board directing applicant released from Canadian Forces, without force and effect—Application on basis respondent failed to observe principles of natural justice by not providing applicant with oral hearing, denying full disclosure, not notifying Board of request for adjournment. Board acted without jurisdiction because improperly constituted—Whether Board acted without jurisdiction and whether duty of procedural fairness observed—Governor General authorized to release persons enrolled in Canadian Forces; power delegated to DGPCO to make recommendation for compulsory release—Operating Procedures Manual administrative directions with no legal force or effect; failure to comply with them cannot invalidate decision of DGPCO to recommend applicant's release—Duty of procedural fairness owed to applicant because loss of employment serious decision with significant impact upon individual—Reasons and opportunity to be heard sufficient to meet duty of procedural fairness when employee dismissed: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653—Applicant provided ample opportunity to make written submissions, no justification for imposition of oral hearing and failure to disclose briefing note not amounting to breach of procedural fairness because information already disclosed to applicant—Application dismissed.

MILLER v. CANADA (DIRECTOR GENERAL POSTINGS AND CAREERS OFFICERS, CANADIAN FORCES) (T-2063-93, Denault J., judgment dated 17/3/94, 16 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review to quash adjudicator's decision under Canada Labour Code, s. 242—Adjudicator quashed respondent's dismissal and substituted suspension without pay for six months followed by return to work with compensation—Privative clause contained in Code, s. 243 did not prevent judicial review under Federal Court Act, s. 18 but limited this Court's intervention to cases of "patently unreasonable" decisions: *National Corn Growers' Association v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324 and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941—Adjudicator acknowledged fault by employee, quashed dismissal and substituted significant suspension without pay of six months—Cannot be said that in reliance on uncontradicted testimony of dismissed employee, adjudicator, who acted

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

within jurisdiction, made clearly unreasonable decision—Admissibility of evidence of facts subsequent to dismissal not subject of such clear rule of law that error, if any, could give rise to judicial review—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 9, s. 16), 243—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

ROYAL BANK OF CANADA v. BOLDUC (T-556-93, Pinard J., order dated 16/3/94, 6 pp.)

**MARITIME LAW**

Arbitration—Cargo claim of \$53,640.10 (U.S.)—Application for reference and stay of action by defendants—Plaintiffs alleging agreement reached among counsel in Vancouver for arbitration—In Commercial Arbitration Code, s. 8(1), Court without discretion as to whether referring matters within arbitration agreement to arbitration—Federal Court Act, s. 50 giving discretion to Court to stay action having regard to fact for all practical purposes issues involved in action dealt with in arbitration—Action stayed on condition defendants do not rely on prescription or delay as defence in arbitration—Defendants should have costs of this motion in any event of cause—Plaintiffs responsible for substantial and unexplained delays—Responsibility put on plaintiffs by letter from solicitors for defendants where pointed out plaintiffs failed to provide final position respecting draft arbitration agreement; warned unless provided formal position, defendants presuming plaintiffs not interested in Vancouver arbitration; no reply received to this letter—Fact reference to New York arbitration necessary attributable to delay by plaintiffs—Motion for reference and stay allowed, costs on plaintiffs—Commercial Arbitration Code, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17, s. 8(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 1, s. 10).

CONTINENTAL RESOURCES INC. v. SOVEREIGN VENTURE (THE) (T-2128-91, Strayer J., order dated 21/3/94, 4 pp.)

**OFFICIAL LANGUAGES**

Practice—Application by respondent for preliminary decision on point of law and directions—According to originating motion under Official Languages Act, s. 77(1) applicant disputed and sought to have quashed linguistic designation of number of positions in Excise Bureau in Quebec region—Since 1992 positions abolished: respondent accordingly argued applicant's action had become purely academic and asked question be resolved on preliminary basis pursuant to Federal Court R. 474(1)(a)—Applicant did not dispute abolition of positions but argued sustained monetary loss and Act, s. 77(4) authorized Court to grant alternative compensation of monetary nature—Order having effect of quashing linguistic designation of positions which have been abolished in principle academic—S. 77(4) giving Federal Court, in addition to power of review, jurisdiction to grant compensation if considers federal institution has not observed Act, so far as just and fair to do so having regard to circumstances—Applicant's action did not become academic merely because positions abolished—

**OFFICIAL LANGUAGES—Concluded**

Application dismissed—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 77(1),(4)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 474(1)(a).

CÔTÉ v. CANADA (T-1051-92, Noël J., order dated 28/3/94, 4 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Allegation of infringement on patent by manufacturing, using, selling or exchanging for consideration to others, livestock feeder for cylindrical bales in Canada without leave, license, permission or consent of plaintiffs—Plaintiffs owner and sole licensee of patent and since 1990, defendant without license or permission, manufactured and used feeder in violation with patent—Plaintiffs seeking: (1) declaration patent valid and infringed by defendant; (2) permanent injunction restraining defendant from further infringing plaintiffs' rights; (3) damages; (4) order for delivery up to plaintiffs of all materials and products which infringe patent; (5) costs of action—Under Patent Act, s. 44, patentee has exclusive right with respect to invention—In accordance with s. 34, Courts recognized some latitude permissible in context of determining infringement—In absence of literal or textual infringement, established when alleged infringer found to have appropriated "pith and marrow", or essential components, of invention—Purposive approach used to determine whether infringement occurred: intention of inventor, analysis of infringer's feeder—No infringement occurred because defendant's feeder constructed differently leading to variation in way feeder working—Defendant raising two grounds of invalidity of patent: anticipation, obviousness—Pursuant to s. 47, presumption of validity of patent and onus on defendant to prove patent in suit invalid—To anticipate, prior publication must be equal to patent in suit and enabling disclosure of claimed invention: *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)—No single prior publication containing clear direction skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to claimed invention—No commercial use of invention because defendant experimenting—Defendant's feeder not obvious because existence of "scintilla of invention" in creation of cylindrical livestock feeder—Invention claimed cannot be broader than invention made—Plaintiffs patent not ambiguous—No infringement of patent by defendant and claims of patent by plaintiffs valid—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 34, 44 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 33, s. 16), 47.

HI-QUAL MANUFACTURING LTD. v. REA'S WELDING & STEEL SUPPLIES LTD. (T-3235-90, Tremblay-Lamer J., decision dated 1/3/94, 19 pp.)

Application for order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance (NOC) to respondent Nu-Pharm in connection with 10 mg and 20 mg capsules and 20 mg/5 ml oral suspension of drug fluoxetine hydrochloride until patent expired—Respondent Nu-Pharm filed submission for NOC alleging making, constructing, using or selling capsules of fluoxetine would not infringe patent



## PATENTS—Continued

owned by applicants—Pursuant to new Regulations, monopoly rights of patentee of medicine preserved: no medicine can be marketed in Canada unless NOC issued—Where, as here, NOC applied for based on allegation of non-infringement, must be determined whether making or marketing of medicine pursuant to second NOC infringing patent right of person to whom first NOC issued—Applicants' right of action stems from Patented Medicines Regulations, s. 6(2)—Whether burden of proof with respect to Nu-Pharm's allegations resting with applicants or respondent Nu-Pharm—Applicants relying on *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 84 (F.C.T.D.); *affid* by (1984), 47 O.R. (2d) 287 (F.C.A.) putting burden on respondents because where party failing to lead evidence of facts in better position to establish, Court will infer facts adverse to party's interest—As respondents not filing detailed statement of legal and factual basis, no evidence before Court respondents' allegation justified—Presumption of infringement as Patent Act, s. 55.1 shifting burden of proof on respondents once applicants establish substances "new" and identical—Medicine "new substance" within meaning of s. 55.1 and of same chemical composition and constitution as composition claimed in patent—Applicants' action under s. 6(1) for infringement of patent within meaning of Patent Act, s. 55.1; consequently, respondents' medicine deemed to have been produced by patentee's process—Application allowed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; c. 44, s. 193)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6.

ELI LILLY AND CO. V. NU-PHARM INC. (T-1536-93, Nadon J., order dated 23/2/94, 14 pp.)

Application for order prohibiting issue of notice of compliance for medicine sulindac until after expiry of patents—Applicant owner and licensee of patents—Respondent able to obtain compulsory licence of patented medicine before expiration of patent—Pursuant to Amended Patent Act 1992, compulsory licensing provisions in Patent Act repealed—Procedure for obtaining order prohibiting issue of notice of compliance set out in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Regulations, s. 4(2) requiring patent list to set out any Canadian patent containing claim for medicine itself or claim for use of medicine—Patents not including claims to sulindac as produced by process nor claims to use of sulindac; claims relate to process for preparing sulindac—Three types of claims which can be made in medicine patent: claim for medicine itself, "product" claim; claim for medicine when prepared by particular process, "process-dependant" product claim; particular process producing medicine, "process" claim—Whether definition of "claim for medicine itself" in Regulations, s. 2 including or covering claim in patent for methods or processes of manufacture of medicine—S. 2 meaning claim for medicine itself and medicine when prepared by particular process, not covering claim for particular process used to produce medicine—Application dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4, c. 44, s. 193), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2, 4(2).

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH AND WELFARE) (T-1943-93, Jerome A.C.J., order dated 15/4/94, 7 pp.)

## PATENTS—Continued

## PRACTICE

Application for order directing witness to re-attend for cross-examination to respond to questions and requests for production of documents and order directing Minister of National Health and Welfare to file certified copy of new drug submission filed by Apotex in respect of norfloxacin—Respondent Kyring Pharmaceutical owner of patents relating to medicine—Merck & Co. exclusive licensee of patents and Merck Frosst sole sub-licensee—Novopharm granted compulsory licence for same patents—Respondent Apotex issued notice of allegation pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(3)(b) alleging making, constructing, using or selling of tablets of norfloxacin by Apotex not infringing any claim for medicine—In cross-examination of witnesses, test in assessing whether answer should be ordered, relevance; *bona fide* intention of directing question to issue in proceeding or to credibility—Issue whether Court should prohibit Minister from issuing to Apotex notice of compliance for norfloxacin and whether Apotex will be infringing existing patents for norfloxacin—Motions with respect to questions and documents dismissed, with one exception—With respect to production of certified copy of new drug submission filed by Apotex to see if patents infringed, information not relevant to compulsory licence of Novopharm nor to agreement between Apotex and Novopharm—Type of information contained in new drug submission relating to product development, product supply, and other commercially sensitive areas—For competitor to obtain such information could be commercially damaging—Onus on applicants to demonstrate, clearly and persuasively in affidavit material, production of new drug submission essential and relevant to issue of infringement: *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296 (F.C.T.D.)—Motions denied—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5(3)(b).

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH AND WELFARE) (T-1306-93, Rothstein J., order dated 3/3/94, 14 pp.)

Defendant seeking order to examine two assignors of patent for discovery before filing defence and order for assignors to produce documents in advance of examination—Right to examine assignor found in Federal Court RR. 456(5) and 457—Purpose of discovery before defence to assist defendant in preparing defence by discovering case it has to meet; not intended to allow fishing for evidence grounds for defence—Knowledge of inventor/assignee matters preceding issue of patent—Presumption of validity of patent subsuming all matters preceding registration and removing from investigation all matters until validity raised in defence—Allowing assignors who are or were officers to be examined before defence would in effect allow examination of party before and after defence contrary to intent of R. 456(1)—R. 457(1) permitting discovery only after pleadings closed and examining party's affidavits of documents have been served—R. 466.3 limiting right to impose on non-party by permitting examination of potential witness only after all else has failed—Assignor sufficiently closer to assignee than usual witness contemplated by R. 466.3 and therefore may be subject to examination other than as last resort but should not be examined before scope of proceedings

**PATENTS—Concluded**

defined and limited by closing of pleadings—Court should not subject assignor merely potential witness to burden of having to make preparations required of those obliged to prepare list under R. 448—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 448, 456(1),(5), 457(1), 466.3.

F.P. BOURGAULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. V. FLEXI-COIL (T-245-94, Giles A.S.P., order dated 21/4/94, 4 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for judicial review of Disciplinary Court's decision finding applicant guilty of being in possession of unauthorized item contrary to Corrections and Conditional Release Act, s. 40(j), i.e. tobacco not brought in within thirty days of admission, not purchased through prison canteen—In finding if applicant had purchased tobacco pouches from canteen, fairness required firsthand evidence—Hearing not conducted fairly—Chairperson too casual in way supposed proof obtained—If evidence depended on records kept in regular course of business in canteen, records should have been produced by someone who could identify them and answer questions—Precision in stating accusation and conclusions of tribunal important for appearance and reality of fair procedure and intellectual integrity of final decision—Disciplinary Court's decision quashed and matter referred back for re-hearing—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 40(j).

PICKARD V. INDEPENDENT CHAIRPERSON, MOUNTAIN INSTITUTION DISCIPLINARY COURT (T-2320-93, Strayer J., order dated 8/3/94, 5 pp.)

**PENSIONS**

S. 28 application to review Pension Appeals Board's decision allowing appeal from Review Committee which set aside Minister of National Health and Welfare's decision not giving effect to provision in divorce judgment between applicant and spouse—Divorce provision containing agreement whereby applicant and spouse will not make application for split of Canada Pension Plan benefits—Effect of Minister's decision unadjusted pensionable earnings of parties to be divided in accordance with provisions of Canada Pension Plan Act, s. 55.2(3)—S. 55.2(3) not unconstitutional—Application dismissed—Canada Pension Plan Act, R.S.C., 1985, c. 8, s. 55.2(3) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23).

BLACKWOOD V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-946-92, Isaac C.J., judgment dated 16/12/93, 2 pp.)

**PRACTICE****CONTEMPT OF COURT**

Motion seeking order lifting stay of action and order for summary judgment against defendant—Motion by defendant seeking order quashing plaintiff's motion on grounds plaintiff remaining in contempt of Court, having failed to pay costs allowed to defendant herein—Plaintiff's conduct herein not falling within purview of Brooke J.A. pronouncement to effect refusal to obey Court's orders "impedes the course of justice and impairs the ability of the court to enforce its orders": *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1992), 6 O.R. (3d) 188 (C.A.)—Doubtful whether failure to pay costs amounting to contempt—Federal Court Act, s. 50 giving Court discretion to stay proceedings if in interest of justice—Not in interest of justice herein to prevent plaintiff from proceeding with action—Defendant's motion to quash dismissed—Plaintiff allowed costs in any event of cause—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

INNOVATION AND DEVELOPMENT PARTNERS INC. V. CANADA (T-54-92, Nadon J., order dated 25/2/94, 5 pp.)

Defendants ordered to show cause why they should not be found in contempt of court—Two preliminary issues: (1) whether adequate disclosure given to defendants; (2) whether there was case at all as no show cause order issued or that which issued inadequate—Charter of Rights and Freedoms, s. 7 applying to all legal proceedings—Requirements of fundamental justice prescribed by s. 7 meaning individuals must be given sufficient notice of nature of case against them in order to be able to adequately defend themselves—Counsel for defendants referred to *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 to say similar mechanism and level of disclosure should be ordered: witness statements, notes taken of interviews, all evidence in plaintiff's knowledge—Counsel for plaintiff noted they responded to counsel for defendant's request for disclosure, before trial, by letter stating evidence proposed to adduce, already been disclosed in affidavits filed by only witness proposed to call—Court not prepared to find procedure or disclosure mandated in *Stinchcombe* required here—Exhaustive disclosure to defendants—Requirements of Charter, s. 7 met—In July 1993, plaintiff granted motion seeking show cause order—No written record of orders filed except transcript of proceedings including oral pronouncement—Counsel for defendants arguing plaintiff should have attended upon Registrar's office and had order taken out—Counsel for plaintiff noted in Federal Court, Registrar does not issue orders, Court does it—S. 7 imposing obligation to disclose sufficient information concerning case to be met and within time frame allowing adequate response: fair hearing—Not imposing technical requirements such as provision of certain documents in certain format when no substantial purpose served—If any defect might have existed, was cured by document filed by Associate Chief Justice in January 1994 where defendants ordered to appear to show cause and declaration written record never filed with Registrar—Oral pronouncement was order—Defendants' motions dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

FRANK V. BOTTLE (T-657-93, Reed J., orders dated 29/3/94, 15 pp.)

**PRACTICE—Continued**

Appeal from Motions Judge's order ([1994] 3 F.C. D-12) allowing action to be heard even if respondent in contempt of court—Appellant applied and obtained trial date for all three actions at same time and was forced to request trial be postponed *sine die* because of refusal of respondent to obey orders of Federal Court to make full production of documents—Whether right of party in contempt of court to be heard by court before contempt purged—Power to refuse to grant audience to party in contempt discretionary: *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 191 (C.A.)—To successfully attack exercise of discretion, party has to demonstrate Motions Judge proceeded on erroneous principle or misapprehension of facts, or order not just and reasonable—One error of principle to take into account irrelevant factors or to ignore and fail to take into account relevant factors—General rule: party in contempt for non-obedience will not be heard in proceedings until contempt purged—To exercise discretion to permit appeal to proceed or to refuse, Court must regard particular circumstances of contempt and effect on proper administration of justice—Motions Judge took into account irrelevant considerations—Furthermore, without authority to question, as he did, finding of contempt—Federal Court Act, s. 50(1)(b) empowering Court to stay proceedings in interest of justice; respondent's continuing defiance and arrogance amount to abuse of process—Appeal allowed—Actions stayed until Court orders obeyed and respondent approaches Court with clean hands—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b).

CANADA V. INNOVATION AND DEVELOPMENT PARTNERS INC.  
(A-91-94, Décaré J.A., judgment dated 21/3/94, 11 pp.)

**COSTS**

Application for order security for costs be posted by plaintiff pursuant to Federal Court R. 446(1)(a)—Defendants proposing motion disposed without personal appearance pursuant to R. 324—Plaintiff arguing posting security for costs on "instalment basis" rather than expected costs of entire proceeding to completion of trial "logical and practical way of proceeding"—Instalment-type security ordinary practice in Ontario Courts—Defendants submitted posting of security for costs on instalment basis unfair to defendants because requiring to undertake additional expense in making series of application to require posting of security by instalment—R. 446(1) not expressly contemplating posting of security by instalments—While posting of security for costs on instalment basis meeting interests of plaintiff, working to inconvenience of defendants and Federal Court—Increase in number of interlocutory motions required in proceeding, time-consuming and costly—Instalment-type security for costs orders should be made cautiously and only in clear cases of need—No clear case of need herein—Security for costs order allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 446(1)(a).

INNOTECH PTY. LTD. V. PHOENIX ROTARY SPIKE HARROW LTD. (T-1455-93, Gibson J., order dated 18/4/94, 5 pp.)

**PRACTICE—Concluded****PARTIES***Joinder*

Application by Athabasca Tribal Corporation and Northwest Territories Treaty No. 8 Tribal Corporation for order joining plaintiffs in one action—Above corporations have direct interest in subject-matter and presence necessary to ensure all matters in dispute effectively and completely determined, as they have historical and other factual information which will be required by Court—Plaintiffs opposed to joining applicants as parties on grounds without requisite standing to bring action and requirements set out in Federal Court R. 1716 not met—Principal objection raised by plaintiffs joinder would create difficulties in conducting litigation; applicants have own political goals and objectives—Applicants without private nor public interest standing to bring action—In *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, three criteria in order for party without private interest in action to be granted public interest standing: (1) justiciable issue; (2) party seeking standing must have genuine interest in matter being litigated; (3) no other reasonable and effective means by which to bring matter before Court—Three criteria established by applicants—Applicants being corporate entities, will not directly be affected by outcome of litigation; but, representatives of approximately five thousand Indian people in northeastern Alberta and Northwest Territories adherents to Treaty No. 8 and directly and immediately affected by outcome of action—Accordingly, applicants have genuine interest in matter being litigated—Applicant's presence herein essential to action—Litigation involving aboriginal and treaty rights, will raise issues of immense complexity and will require examination of much historical evidence, including archival materials, testimony of individuals who may have relevant information concerning Indian parties to treaty—Task of assembling, preparing and presenting range of evidence necessary in case of this nature, beyond scope of any single plaintiff or any small group of plaintiffs without participation of native representative bodies—Should applicants not be joined as parties, genuine risk all evidence necessary for Court to adequately decide issues will not be before it and determination of any rights under Treaty No. 8 will be hindered—Request granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716.

BENOIT V. CANADA (T-2288-92, Jerome A.C.J., order dated 28/4/94, 5 pp.)

**TRADE MARKS****REGISTRATION**

Appeal from Opposition Board's decision rejecting application to register trade mark "Le Bateau Blanc" and design since very similar in presentation, sound and ideas it suggested to respondent's trade mark "Petit-Bateau"—Trade marks used in association with children's clothing and shoes and bed linen—Board did not err in concluding respondent still had right to object to registration application despite its earlier acquiescence in use of appellant's mark—Acquiescence in use of term or design not necessarily acquiescence in appellant obtaining

**TRADE MARKS—Concluded**

similar trade mark—Question whether appellant's trade mark registrable—Under Trade-marks Act, s. 6(2) confusion between trade marks determined according to confusion which reasonable person with imperfect memory of mark might have—All circumstances surrounding application to register trade mark must be assessed—Period during which trade marks in use determining factor—Apparently no animosity between parties for fifteen years and "Le Bateau Blanc Inc." was retailer of respondent's items—Use of similar marks side by side over long periods reduces likelihood confusion will occur—Absence of proof of confusion for nearly twenty years—Mark including design of sailing ship mark with limited protection—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(2), (5), 12(1)(d) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 59), 56.

MULTIPLICANT INC. v. PETIT BATEAU VALTON S.A.  
(T-2106-91, Joyal J., judgment dated 23/3/94, 10 pp.)

Appeal from Opposition Board's decision rejecting appellant's opposition and allowing application for trade mark "Goodwrench" made by respondent to be used in association with motor oil for automotive engines and automobile parts—Whether, pursuant to Act, s. 16(2) respondent entitled to registration of trade-mark "Goodwrench"—Use in normal course of trade, test applied to define and describe use of trade name—Single sale unlikely to suffice for purposes of Act, s. 16—Onus on incumbent registrant to justify continued registration with previous use under s. 44 should be less than onus on party wishing to demonstrate previous use under Act, s. 16(2)(c) in order to block appropriate registration; single use three years before filing date not sufficient—Evidence showing appellant without normal course of business in relevant wares—One use of trade name three years before filing date by company inactive for two years preceding filing date not constituting previous use in normal course of business—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 16(2)(c), 30(d).

MR. GOODWRENCH INC. v. GENERAL MOTORS CORP.  
(T-1907-92, Simpson J., judgment dated 22/4/94, 7 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Umpire's decision allowing in part respondent's appeal from board of referees' decision dismissing appeal from decision of Commission in which respondent, who had twice refused offer of suitable employment, was held both to be disentitled to benefit and subject to two penalties disqualifying him from said benefit—Umpire had concluded disqualification from benefit pursuant to Unemployment Insurance Act s. 27 could not coexist with finding of disentitlement for such benefit under s. 14 when based on same ground, respondent's refusal to accept two offers of suitable employment—Respondent dismissed for lack of work—Claimed benefit, indicating seeking employment—After two refusals of offers of employment Commission ruled not entitled to benefit and imposed two disqualification penal-

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—  
Concluded**

ties—Disentitlement and disqualification independent from each other and cumulative: *Rondeau v. Simard*, [1977] 1 F.C. 519 (C.A.)—Disqualification temporary removal from beneficiary category and disentitlement failure to enter category due to lack of qualification or availability—Frivolous double refusal justified disqualification and may reasonably indicate claimant not available during period of working days concerned, justifying conclusion not entitled—Appears from Act, ss. 14, 27, 40 disentitlement system and disqualification system separate and complementary and not mutually exclusive—Umpire made error of law requiring intervention of this Court—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 14, 27, 40.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MICHAEL (A-1692-92,  
Létourneau J.A., judgment dated 23-3-94, 6 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Appeal Board's decision based on interpretation of Pension Act, s. 39(1)(a), granting applicant entitlement to disability pension—Applicant served in active militia and active forces where suffered head injuries resulting in epileptic condition and compression fracture of thoracic spine—Whether Board erred in determining effective date for applicant's pension relating to epilepsy and resulting compression fracture, January 31, 1990, date application regarding these two conditions received by Canadian Pensions Commission—According to Act, s. 39(1)(a) effective date of payment for any pensions payable under Act is later of day on which application first made to Commission or day three years prior to day pension first awarded—Considerable evidence existing before Board pension for compression fracture had been applied for before January 31, 1990—Board's determination "there was no evidence" patently unreasonable and constituting reviewable error of fact—Veterans Appeal Board Act, ss. 3, 10 and Pension Act, s. 2 requiring Board when considering appeals to draw every reasonable inference in favour of applicant and construe provisions of relevant Acts in liberal manner—Failure to interpret Pension Act, s. 39(1)(a) in liberal manner or failure to draw from evidence every reasonable inference in favour of applicant may be considered reviewable error, despite existence of privative clause—Board erred both in failure to consider evidence regarding date on which applicant first indicated pensionable conditions at issue and in interpretation in circumstances of case of Pension Act, s. 39(1)(a)—Application allowed—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 2, 39(1)(a)—Veterans Appeal Board Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 20, ss. 3, 10(5)(a).

BALLINGALL v. CANADA (MINISTER OF VETERANS AFFAIRS)  
(T-2533-93, Denault J., judgment dated 6/4/94, 12 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.*

## ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision, fondée sur l'interprétation de l'art. 39(1)a) de la Loi sur les pensions, par laquelle le Tribunal d'appel des anciens combattants avait reconnu l'admissibilité du requérant à une pension d'invalidité—Le requérant avait servi dans la milice active et dans les forces actives, où il avait subi des blessures à la tête qui avaient provoqué l'épilepsie et une fracture-compression de la colonne thoracique—Il s'agit de savoir si la Commission a commis une erreur en décidant que la date d'entrée en vigueur de la pension du requérant à l'égard de l'épilepsie et de la fracture-compression en découlant était le 31 janvier 1990, soit la date à laquelle la Commission canadienne des pensions avait reçu la demande au sujet de ces deux éléments—Selon l'art. 39(1)a) de la Loi, le paiement des pensions à verser aux termes de la Loi prend effet à la date à laquelle la demande s'y rapportant a été présentée en premier lieu à la Commission ou à une date précédant de trois ans la date à laquelle la pension a d'abord été accordée, si cette date est postérieure—Le Tribunal avait devant lui une preuve abondante indiquant qu'une pension relative à la fracture-compression avait été demandée avant le 31 janvier 1990—En concluant qu'il [TRADUCTION] «n'existait aucun élément de preuve», le Tribunal a rendu une décision manifestement déraisonnable comportant une erreur de fait susceptible de révision—Selon les art. 3 et 10 de la Loi sur le Tribunal d'appel des anciens combattants et l'art. 2 de la Loi sur les pensions, le Tribunal doit, au cours de l'examen des appels, tirer les conclusions raisonnables les plus favorables au requérant et interpréter les dispositions des lois pertinentes d'une façon libérale—L'omission d'interpréter l'art. 39(1)a) de la Loi sur les pensions d'une façon libérale ou de tirer de la preuve les conclusions raisonnables les plus favorables possibles au requérant peut être considérée comme une erreur susceptible de révision, malgré l'existence d'une clause privative—Le Tribunal a commis une erreur en omettant d'examiner les éléments de preuve indiquant la date à laquelle le requérant avait mentionné pour la première fois les blessures et maladies ouvrant droit à pension en l'espèce et en appliquant l'art. 39(1)a) de la Loi sur les pensions aux circonstances de l'affaire—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 2, 39(1)a)—Loi sur le Tribunal d'appel des anciens combattants, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 20, art. 3, 10(5)a).

BALLINGALL C. CANADA (MINISTRE DES ANCIENS COMBATTANTS) (T-2533-93, juge Denault, jugement en date du 6-4-94, 13 p.)

## ANIMAUX

Demande de contrôle judiciaire de la décision qu'avait prise l'intimé de faire détruire deux bovins appartenant à la requérante—En 1986, des bovins, en Grande-Bretagne, étaient atteints par une maladie appelée «encéphalopathie bovine spongiforme» (EBS)—En 1988, la requérante avait importé deux vaches du R.-U.—Les animaux n'étaient pas malades, mais ils avaient peut-être été en contact avec une vache ou une chose contaminée par l'EBS—En 1990, Agriculture Canada a cessé de délivrer des permis d'importation à l'égard du bétail du R.-U.—Il s'agit de savoir si la personne qui a pris la décision avait compétence étant donné que la formulation de l'avis et le fondement de la décision se situaient en dehors du cadre défini par le texte législatif—Il s'agit de savoir si l'exercice par le décideur de son pouvoir discrétionnaire était limité par l'engagement que le Canada avait pris envers ses partenaires commerciaux étrangers de faire abattre toutes les bêtes importées du R.-U.—En l'espèce, la norme de contrôle consiste à savoir si la compétence a correctement été exercée—Selon l'art. 48(1) de la Loi sur la santé des animaux, le ministre dispose d'un large pouvoir discrétionnaire à l'égard des décisions ordonnant la destruction d'animaux—Le fait d'avoir fondé la décision sur un contact soupçonné n'équivaut pas à une erreur quant à la compétence—La Cour devrait éviter toute interprétation stricte et formaliste de la Loi et tenter de donner effet à l'intention du législateur—Il n'y a pas eu excès de compétence—La décision était fondée sur des renseignements généraux au sujet de l'EBS, sur la situation au R.-U. et sur le risque pour le bétail canadien et les exportations—On a envisagé la possibilité que les animaux ne soient pas atteints par la maladie, mais cette possibilité n'était pas suffisante pour qu'on modifie la décision—Il est vrai qu'Agriculture Canada a fait preuve d'une extrême prudence à l'égard du risque de voir l'EBS se manifester au Canada, allant jusqu'à décider de faire détruire les 270 têtes de bétail en Alberta—Il est essentiel de savoir, en ce qui concerne le bétail, qui a été le véritable décideur—Agriculture Canada s'était engagé à abattre tout le bétail importé du R.-U.; c'est cette décision qui touchait les bovins appartenant à la requérante, et non les mesures prises par l'inspecteur—La décision ne relevait pas de l'inspecteur (un vétérinaire) et, par conséquent, celui-ci n'avait pas de pouvoir discrétionnaire susceptible d'être limité par une décision de principe prise par le ministre; le ministre a pris la décision en se fondant sur la recommandation des vétérinaires—Le fait qu'on soupçonne que les vaches ont été en contact avec un animal ou une chose

**ANIMAUX—Fin**

atteint par l'EBS, ou soupçonné de l'être, n'est pas une considération non pertinente pour le décideur—Agriculture Canada avait le droit d'agir comme il l'a fait compte tenu de l'urgence et de la gravité de la situation ainsi que des risques courus—La décision de détruire le bétail a été prise de bonne foi et dans l'intérêt du public; ce facteur doit l'emporter sur les droits de propriété de la requérante et il n'y a pas lieu d'intervenir à l'égard de la décision—Les exigences de l'équité procédurale doivent être appréciées dans le contexte d'une décision donnée et compte tenu de l'ensemble des circonstances—Le ministre a agi en fonction du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 48(1) de la Loi—Demande rejetée—Loi sur la santé des animaux, L.C. 1990, ch. 21, art. 48(1).

DAVID HUNT FARMS LTD. C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-153-94, juge Cullen, ordonnance en date du 10-3-94, 21 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre qui accueillait en partie l'appel de l'intimée à l'encontre de la décision du conseil arbitral qui avait rejeté l'appel d'une décision de la Commission où l'intimée, pour avoir, deux fois, refusé une offre d'emploi convenable, s'était vu imposer à la fois une déclaration d'inadmissibilité aux bénéfices et deux sanctions d'exclusion desdits bénéfices—Le juge-arbitre avait conclu qu'une exclusion du bénéfice des prestations en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'assurance-chômage ne pouvait coexister avec une déclaration d'inadmissibilité à ces bénéfices émise en vertu de l'art. 14 lorsqu'elles sont fondées sur le même motif: le refus de l'intimée d'accepter deux offres d'emploi convenable—L'intimée fut congédiée pour manque de travail—Elle formula une demande de prestations en indiquant qu'elle se cherchait un emploi—À la suite du double refus d'offres d'emploi, la Commission la déclara inadmissible au bénéfice des prestations et lui imposa deux sanctions d'exclusion—L'inadmissibilité et l'exclusion opèrent indépendamment l'une de l'autre et d'une façon cumulative: *Rondeau c. Simard*, [1977] 1 C.F. 519 (C.A.)—L'exclusion est une disqualification temporaire de la catégorie des bénéficiaires et l'inadmissibilité est un défaut d'accession à cette catégorie par manque de qualification ou de disponibilité—Un double refus capricieux justifie l'exclusion et peut raisonnablement permettre de croire à la non-disponibilité du prestataire durant la période de jours ouvrables concernée, justifiant la conclusion d'inadmissibilité—Il appert des art. 14, 27, 40 de la Loi que le régime de l'inadmissibilité et celui de l'exclusion sont distincts et complémentaires et non mutuellement exclusifs—Le juge-arbitre a commis une erreur de droit qui requiert l'intervention de cette Cour—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 14, 27, 40.

CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) C. MICHAEL (A-1692-92, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 23-3-94, 6 p.)

**BREVETS****CONTREFAÇON**

Allégation selon laquelle la défenderesse aurait violé un brevet en fabriquant, utilisant, vendant ou cédant à titre onéreux à d'autres personnes, au Canada, un distributeur de fourrage en balles cylindriques, et ce, sans avoir obtenu l'autorisation, une licence, la permission ou le consentement des demandeurs—Les demandeurs sont propriétaires et seuls concessionnaires du brevet, et, depuis 1990, la défenderesse, sans licence ou permission, a fabriqué et utilisé le distributeur, en violation du brevet—Les demandeurs sollicitent: (1) un jugement déclarant que leur brevet est valide et qu'il a été violé par la défenderesse; (2) une injonction permanente interdisant à la défenderesse de continuer à violer leurs droits; (3) des dommages-intérêts; (4) une ordonnance de leur livrer tous les matériaux et produits argués de contrefaçon; (5) les dépens de l'action—En vertu de l'art. 44 de la Loi sur les brevets, le breveté possède un droit exclusif sur l'objet de son invention—Conformément à l'art. 34, les tribunaux ont reconnu qu'une certaine latitude était possible lorsqu'il s'agit de juger s'il y a contrefaçon—En l'absence de toute contrefaçon littérale ou textuelle, il est jugé que la contrefaçon est établie lorsque le présumé contrefacteur s'est approprié la «substance» ou les éléments essentiels de l'invention—L'approche téléologique est utilisée pour déterminer s'il y a eu contrefaçon: intention de l'inventeur, examen du distributeur du contrefacteur—Il n'y a pas eu contrefaçon parce que le distributeur de la défenderesse est construit différemment, de sorte qu'il fonctionne d'une façon différente—La défenderesse invoque deux motifs d'invalidité du brevet: l'antériorité et l'évidence—Conformément à l'art. 47, la validité d'un brevet est présumée et il incombe au défendeur de prouver que le brevet litigieux est invalide—En ce qui concerne l'antériorité, la publication antérieure doit être égale au brevet litigieux et permettre la divulgation de l'invention revendiquée: *Beloit Canada Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.)—Aucune publication antérieure ne renferme à elle seule des instructions d'une clarté telle qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée—Il n'y avait pas usage commercial de l'invention parce que la défenderesse expérimentait encore—Le distributeur de la défenderesse n'est pas évident parce qu'il existe une «parcelle d'invention» dans la création du distributeur de fourrage en balles cylindriques—L'invention revendiquée ne peut pas être plus générale que l'invention réelle—Le brevet des demandeurs n'est pas ambigu—La défenderesse n'a pas violé le brevet; les revendications du brevet par les demandeurs sont valides—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 34, 44 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 47.

HI-QUAL MANUFACTURING LTD. C. REA'S WELDING & STEEL SUPPLIES LTD. (T-3235-90, juge Tremblay-Lamer, décision en date du 1-3-94, 21 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer, avant l'expiration du brevet, un avis de conformité à l'intimée Nu-Pharm en liaison avec des capsules de 10 et de 20 mg ainsi qu'un colloïde buccal de 20 mg/5 ml du médicament appelé chlorhydrate de fluoxétine—L'intimée Nu-Pharm a déposé une demande d'avis de conformité en alléguant qu'en fabriquant, en produisant, en utilisant ou en vendant des capsules de fluoxétine, elle ne viole pas le brevet des requérantes

**BREVETS—Suite**

—Conformément au nouveau Règlement, le monopole de celui qui détient le brevet d'un médicament est protégé: aucun médicament ne peut être mis en vente au Canada sans qu'un avis de conformité soit délivré—Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on présente une demande d'avis de conformité en alléguant la non-contrefaçon, il faut décider si la fabrication ou la commercialisation du médicament conformément à un second avis de conformité viole le brevet détenu par la personne à qui le premier avis a été délivré—Le droit d'action des requérantes découle de l'art. 6(2) du Règlement sur les médicaments brevetés—Il s'agit de savoir si, en ce qui concerne les allégations du Nu-Pharm, la charge de la preuve incombe aux requérantes ou à l'intimée Nu-Pharm—Les requérantes s'appuient sur l'arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 84 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 287 (C.A.F.), pour dire que la charge incombe à l'intimée étant donné que lorsqu'une partie ne présente aucune preuve concernant des faits qu'elle est la mieux à même d'établir, la Cour en infère que les faits sont contraires à l'intérêt de cette partie—Dans la mesure où les intimées n'ont pas déposé un énoncé détaillé du droit et des faits, la Cour ne dispose d'aucune preuve montrant que l'allégation des intimées est justifiée—Il existe une présomption de contrefaçon puisque l'art. 55.1 de la Loi sur les brevets inverse la charge de la preuve une fois que les requérantes ont établi que les substances sont de «nouvelles substances» et qu'elles sont identiques—Le médicament est une «nouvelle substance» au sens de l'art. 55.1 et il est formé des mêmes composants et éléments chimiques que la composition revendiquée dans le brevet—L'action intentée par les requérantes en vertu de l'art. 6(1) constitue une action en contrefaçon au sens de l'art. 55.1 de la Loi sur les brevets; par conséquent, le médicament de l'intimée est réputé avoir été produit au moyen du procédé appartenant au brevet—Demande accueillie—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; ch. 44, art. 193)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6.

ELI LILLY AND CO. C. NU-PHARM INC. (T-1536-93, juge Nadon, ordonnance en date du 23-2-94, 13 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance interdisant la délivrance, avant l'expiration des brevets, d'un avis de conformité à l'égard du médicament appelé sulindac—La requérante est titulaire et concessionnaire des brevets—L'intimée a pu obtenir une licence obligatoire à l'égard du médicament breveté avant l'expiration du brevet—Conformément à la Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, les dispositions de licence obligatoire de la Loi sur les brevets sont abrogées—La procédure d'obtention d'une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité est énoncée dans le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—En vertu de l'art. 4(2) du Règlement, la liste des brevets doit énoncer tout brevet canadien qui comporte une revendication pour le médicament ou une revendication pour l'utilisation du médicament—Les brevets ne comportaient pas de revendications pour le sulindac tel qu'il est produit selon un procédé donné ou pour l'utilisation du sulindac: les revendications portent sur un procédé de préparation du sulindac—Il y a trois types de revendications qui peuvent se trouver dans un brevet de médicament: la revendication pour le médicament en soi, appelée la revendication de «produit»; la revendication pour le médicament pré-

**BREVETS—Suite**

paré selon un procédé particulier, appelée revendication de produit «dépendant du procédé»; la revendication pour le procédé particulier de préparation du médicament, appelée revendication de «procédé»—Il s'agit de savoir si la définition de «revendication pour le médicament en soi» figurant à l'art. 2 du Règlement inclut ou vise la revendication concernant les méthodes ou procédés de fabrication d'un médicament—L'art. 2 vise la revendication pour le médicament en soi ainsi que pour le médicament tel qu'il est préparé selon un procédé particulier, mais ne vise pas la revendication pour un procédé particulier de préparation d'un médicament—Demande rejetée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4, ch. 44, art. 193), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, 4(2).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE) (T-1943-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 15-4-94, 6 p.)

**PRATIQUE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à un témoin de comparaître de nouveau pour être contre-interrogé et répondre aux questions et aux demandes de communication de documents ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de déposer une copie certifiée conforme de la demande d'homologation de nouveau médicament, déposée par Apotex à l'égard du norfloxacine—L'intimée Kyorin Pharmaceutical est propriétaire des brevets se rapportant au médicament—Merck & Co. détient une licence d'exploitation exclusive des brevets et Merck Frosst est l'unique détentrice d'une sous-licence—Novopharm s'est vu accorder une licence obligatoire pour les mêmes brevets—L'intimée Apotex a émis, conformément à l'art. 5(3)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), un avis alléguant que la fabrication, l'utilisation ou la vente, par Apotex, de comprimés de norfloxacine ne violerait aucune revendication relative au médicament—Lorsque des témoins sont contre-interrogés, le critère permettant de décider s'il doit être ordonné de répondre à une question est celui de la pertinence, ainsi que l'intention réelle de faire porter la question sur l'objet du litige ou sur la crédibilité du témoin—Il s'agit de savoir si la Cour doit interdire au ministre de délivrer à Apotex un avis de conformité pour le norfloxacine et si Apotex violera les brevets existants—Les requêtes relatives aux questions et documents sont rejetées, sauf sur un point—En ce qui concerne la production d'une copie certifiée conforme de la demande d'homologation de nouveau médicament déposée par Apotex en vue de permettre de déterminer si les brevets ont été contrefaits, les renseignements ne se rapportent pas à la licence obligatoire de Novopharm ni à l'accord entre Apotex et Novopharm—Les demandes d'homologation d'un nouveau médicament contiennent des renseignements touchant le développement du produit, les approvisionnements, ainsi que d'autres questions délicates sur le plan commercial—L'accès d'un concurrent à de tels renseignements pourrait entraîner un préjudice commercial—Il incombe aux requérantes de démontrer d'une façon claire et convaincante, dans leurs affidavits, que la production des demandes d'homologation de nouveau médicament est à la fois essentielle et pertinente en ce qui concerne la contrefaçon:

**BREVETS—Fin**

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)* (1993), 48 C.P.R. (3d) 296 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Requêtes rejetées—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(3b).

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1306-93, juge Rothstein, ordonnance en date du 3-3-94, 14 p.)

La défenderesse sollicite une ordonnance visant à soumettre deux cédants d'un brevet à un interrogatoire préalable avant le dépôt de la défense ainsi qu'une ordonnance enjoignant aux cédants de communiquer certains documents avant l'interrogatoire—Le droit d'interroger le cédant est prévu aux Règles 456(5) et 457 des Règles de la Cour fédérale—Le but de l'interrogatoire préalable avant la présentation de la défense est d'aider le défendeur à préparer cette dernière par suite de la divulgation des arguments auxquels il doit répondre; il ne vise pas à permettre une recherche à l'aveuglette de moyens de preuve à l'appui d'une défense—La connaissance d'un inventeur/cessionnaire se rapporte aux questions qui ont précédé la délivrance du brevet—La présomption de validité du brevet englobe toutes les questions antérieures à l'enregistrement et les soustrait à l'enquête tant que l'argument de validité n'a pas été soulevé en défense—Permettre l'interrogatoire, avant la présentation de la défense, des cédants qui sont ou ont été dirigeants de la compagnie équivaldrait à permettre, en fait, l'interrogatoire de la partie tant avant qu'après la défense, en violation de l'esprit de la Règle 456(1)—La Règle 457(1) autorise l'interrogatoire préalable seulement après que la contestation est liée et que la partie qui interroge a fait signifier les affidavits—La Règle 466.3 limite le droit d'obliger à témoigner une personne qui n'est pas partie à l'action en ne permettant l'interrogatoire d'un témoin potentiel qu'après que tous les autres moyens ont échoué—Un cédant est suffisamment plus proche du cessionnaire que le témoin habituel envisagé par la Règle 466.3 et peut donc être soumis à un interrogatoire autrement qu'en dernier ressort, mais il ne doit pas être interrogé avant que le champ de la procédure ait été déterminé par la clôture de la contestation—La Cour ne devrait pas assujettir un cédant, qui n'est qu'un témoin potentiel, à l'obligation à laquelle sont soumises les personnes qui sont tenues de préparer la liste prévue à la Règle 448—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 448, 456(1), (5), 457(1), 466.3.

F.P. BOURGALT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. C. FLEXI-COIL (T-245-94, notaire adjoint Giles, ordonnance en date du 21-4-94, 5 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'expulsion—La revendication du statut de réfugié du requérant, un ancien matelot soviétique, avait été rejetée, ce qui avait entraîné la prise d'une mesure inconditionnelle d'expulsion—La demande d'autorisation et de contrôle judiciaire relativement au présumé refus d'examiner la demande, fondée sur l'art. 114(2) de la Loi

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—  
Suite**

sur l'immigration, visait en fait à l'obtention d'un *mandamus* exigeant qu'une décision soit rendue—Le requérant n'a pas démontré l'existence d'un préjudice irréparable—La Cour ne devrait pas prononcer le sursis à l'expulsion en attendant d'effectuer un contrôle judiciaire puisque, en l'espèce, le contrôle ne visait pas à contester la mesure d'expulsion, mais à contester l'action du ministre relativement à la demande, fondée sur l'art. 114(2), visant à ce que le pouvoir discrétionnaire de la Cour soit exercé en faveur du requérant—La décision demeure valide et doit être traitée comme telle—Selon l'art. 48 de la Loi, le ministre est tenu d'exécuter la mesure «dès que les circonstances le permettent»—La Loi ne dit nulle part que l'exécution d'une telle mesure ne peut avoir lieu que si l'on a dûment examiné la demande, s'il en est, fondée sur l'art. 114(2), visant à l'obtention, pour l'expulsé, d'un traitement discrétionnaire exceptionnel—Compte tenu de la définition du pouvoir figurant maintenant à l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale, il ne convient pas de surseoir à l'exécution d'une mesure valide prise par un arbitre—Il ne convient de prononcer une injonction interlocutoire ou le sursis qu'en présence d'une allégation selon laquelle le défendeur ou l'intimé a accompli un acte illégal—Le sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion est refusé—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

SICHELKANOV C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1515-94, juge Strayer, ordonnance en date du 12-4-94, 11 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié maintenant une demande de production de document et rejetant une demande de récusation et d'une décision statuant que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen du Zaïre, a refusé de produire sa fiche de renseignements personnels lors de l'audience pour obtenir son statut de réfugié puisque le document était protégé par le secret professionnel—Selon l'avocate du requérant, ce refus a créé dans l'esprit du commissaire un préjugé défavorable à son client qui eut un impact direct sur la décision sur le fond; le tribunal ne bénéficiait pas de la perception d'impartialité qui est inhérente à ses fonctions—La procédure de revendication de statut en vertu de la Loi sur l'immigration permet à un revendicateur de bénéficier du secret professionnel lorsqu'il a recours aux services d'un avocat afin de mieux faire valoir ses intérêts—Les notes émanant d'un revendicateur et rédigées dans le but de permettre à son avocat de l'assister dans la préparation de sa fiche de renseignements personnels sont de l'essence même du privilège avocat-client; il s'agit de communications qui ont comme seul but de permettre à l'avocat de représenter les intérêts de son client—Pour que ces informations soient complètes et sans écarts quant aux faits relatés, notre droit assure la confidentialité de ces communications—L'art. 67(2) de la Loi sur l'immigration et l'art. 18(1) des Règles de la section du statut de réfugié n'ont pas pour effet d'écarter le privilège avocat-client—La menace formulée par le tribunal à l'effet qu'il tirerait des conclusions si le document n'était pas produit fait en sorte que le requérant avait des



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

motifs raisonnables de croire que le tribunal manque de partialité—La décision rejetant la demande de statut de réfugié du requérant est cassée et l'affaire est retournée devant un tribunal constitué de membres différents—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 67(2)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/89-103, art. 18(1*m*).

BITUMBA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1023-93, IMM-3906-93, juge Noël, ordonnance en date du 25-2-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu qu'il n'existait pas de motifs d'ordre humanitaire permettant au requérant de demander le droit d'établissement à partir du Canada—Le requérant, qui est citoyen ghanéen, ne s'était vu accorder qu'un bref délai, entre l'examen préalable au renvoi et l'entrevue, pour présenter de nouveaux arguments et des documents à l'appui de sa demande d'exemption fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—La brièveté du délai ne porte pas atteinte à la justice naturelle—Le requérant a fait savoir qu'il n'avait pas d'amis ou de famille au Canada; à l'entrevue, lorsqu'on lui a demandé s'il avait d'autres arguments à présenter, le requérant a dit qu'il avait un frère au Canada, qui était prêt à le parrainer—Même s'il était vrai que le requérant avait un frère au Canada, cela ne constituerait pas un motif d'ordre humanitaire—Lorsque le requérant s'est présenté à l'entrevue de renvoi et qu'il a présenté des documents additionnels, on lui a demandé un mandat de 450 \$, qu'il a payé, croyant qu'il s'agissait des droits à acquitter pour présenter une demande de droit d'établissement plutôt que pour l'examen—Il y a eu confusion—La Commission devrait envisager de modifier la lettre type, en ce qui concerne les entrevues de renvoi, afin de faire bien comprendre aux requérants qu'ils seront tenus d'acquitter des droits si un autre examen des motifs d'ordre humanitaire est effectué—Demande rejetée.

APIIAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1056-93, juge Reed, ordonnance en date du 26-4-94, 4 p.)

En juillet 1994, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a annoncé l'adoption de règlements selon lesquels il serait permis aux demandeurs de statut dont la revendication a été rejetée de demander le droit d'établissement s'ils étaient encore au Canada trois ans après la date du rejet de leur revendication et s'ils remplissaient certaines autres conditions—Cette annonce a provoqué plusieurs demandes d'ajournement d'affaires devant être entendues par cette Cour—Depuis l'annonce, les appelants craignent que si leur appel est accueilli et que la décision antérieure de la Commission est annulée, tout droit que pourraient bientôt leur accorder les nouveaux règlements de demander le droit d'établissement disparaîtrait avec l'annulation de la décision actuelle rejetant leur revendication—Deux demandes d'ajournement ont été rejetées au motif que l'adoption et le contenu des règlements sont des questions de conjecture, et que même s'ils étaient adoptés comme on l'envisage, les problèmes qu'ils pourraient créer aux appelants seraient attribuables aux règlements et non au fait que la Cour a décidé d'entendre les appels à la date fixée au rôle—À la suite de ces décisions, les appelantes en l'espèce, afin d'en

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

arriver au même résultat, ont demandé que la Cour, tout en rendant une ordonnance sur consentement portant rejet de la décision de la SSR qui rejetait leur revendication du statut de réfugié, ajoute la condition selon laquelle la date de la décision défavorable de la SSR serait «conservée» à toute fin administrative en vertu de la Loi sur l'immigration ou des règlements—En réalité, une telle condition reviendrait à une directive portant que le règlement doit être interprété et appliqué de sorte que les trois années d'admissibilité des appelantes commenceraient toujours à courir à partir de la date de la décision défavorable originale (le 9 mai 1991), en dépit de son annulation—L'appel est accueilli tel qu'y a consenti l'intimé, à savoir que l'ordonnance de la Commission est annulée et l'affaire renvoyée pour réexamen, mais la demande visant à conserver la date de la décision défavorable de la SSR est rejetée—Aucune source ne justifie une ordonnance aussi peu ordinaire—Elle serait mauvaise en principe pour les mêmes raisons pour lesquelles les ajournements ont été refusés: le sort réservé à la demande de droit d'établissement des appelantes, à titre de demandeurs du statut de réfugié dont la revendication a été rejetée et qui n'ont pas encore été renvoyés du Canada, dépendra des règlements futurs et de la politique gouvernementale qu'ils appliquent, et non des décisions de la Cour—Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2.

VERBITSKAIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-979-91, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 6-10-94, 3 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a conclu que la connaissance qu'avait l'appelant du Canada n'était pas suffisante pour justifier qu'on lui attribue la citoyenneté—L'appelant a déposé une demande de citoyenneté et on lui a remis une brochure dans laquelle on demandait aux intéressés de ne pas apprendre par cœur tous les renseignements qui s'y trouvaient, mais d'être prêts à répondre à des questions d'ordre général devant leur permettre de démontrer qu'ils connaissent le Canada et ses institutions politiques—Le juge de la citoyenneté a refusé d'attribuer la citoyenneté à l'appelant parce qu'il ne pouvait pas répondre à certaines questions: (1) l'année où furent proclamées les couleurs officielles du Canada; (2) la date où fut proclamé le drapeau à la feuille d'érable; (3) le chef d'État du Canada; (4) le nom du premier Premier ministre; (5) l'année où le Canada est devenu membre des Nations Unies; (6) le nom de la première personne de race noire à être élue à la Chambre des communes; (7) la durée du mandat du gouverneur général—Il est tout à fait injuste de traiter les gens de cette manière—Il s'agit du genre de questions à l'égard desquelles il faut apprendre par cœur tous les renseignements contenus dans les ouvrages qu'on remet aux demandeurs—L'appelant a montré qu'il possédait clairement une connaissance suffisante du Canada pour se voir attribuer la citoyenneté—Appel accueilli.

PETTI (RE) (T-2340-93, juge Reed, ordonnance en date du 20-4-94, 3 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait annulé le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi et ordonné l'exécution de la mesure—Le requérant est né en Australie et a obtenu le droit d'établissement et le statut de résident permanent au Canada—Son père naturel, un citoyen canadien, avait adopté le requérant conformément au Child Welfare Act de l'Alberta—Le père du requérant n'avait pas déclaré la naissance ni l'adoption de son fils aux autorités canadiennes; devenu adulte, le requérant n'a pas demandé la citoyenneté canadienne parce qu'il pensait qu'en raison de la citoyenneté de son père, il devenait *ipso facto* citoyen canadien—Une mesure de renvoi a été prise contre le requérant en 1985, conformément à l'art. 27(1)d) de la Loi sur l'immigration, prévoyant le renvoi des résidents permanents déclarés coupables d'infractions—Il s'agit de savoir si le requérant est un citoyen canadien—En 1977, le requérant était habile à devenir un citoyen canadien étant donné qu'il satisfaisait aux critères énoncés à l'art. 5(1)b) de la Loi sur la citoyenneté, en sa qualité d'enfant naturel d'un père qui était citoyen canadien ainsi qu'en raison de son adoption—L'enregistrement prévu à l'art. 4(3) de la Loi n'est pas une condition du droit à la citoyenneté—En vertu de l'art. 3(1)e), le requérant est un citoyen canadien—La Commission n'était pas compétente pour prendre la mesure—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78)—Loi sur la citoyenneté, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 3(1)e), 4(3) (mod. par L.R.C. (1985), ch. C-29, 5(1)b) (mod., *idem*)—Child Welfare Act de l'Alberta, R.S.A., 1984, ch. C-8.1, art. 60(1) (mod. par R.S.A. 1988, ch. 15, art. 35).

BELL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1059-92, juge Simpson, ordonnance en date du 22-3-94, 7 p.)

### *Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire à savoir si la section du statut de réfugié a le droit de demander au Centre de documentation plus d'informations concernant l'état de la Loi en Pologne, alors que l'audience était terminée et l'affaire prise en délibéré, ainsi qu'à savoir si l'analyse qu'a faite le tribunal des informations additionnelles qui ont été recueillies était raisonnable—Le requérant est citoyen de la Pologne et a revendiqué le statut de réfugié sur la base d'une crainte bien fondée de persécution en raison de sa religion, de ses opinions politiques, et de son appartenance à un groupe social—En 1991, alors qu'il était au Canada, le requérant a été condamné à une peine d'emprisonnement pour infraction au code pénal polonais; il craint de devoir être emprisonné s'il devait retourner dans son pays—Alors que l'audition de la demande de statut de réfugié était terminée, les membres ont estimé et accepté en preuve que depuis l'arrivée au pouvoir de Solidarité, une révision du code pénal s'était poursuivie durant toute l'année 1990, et qu'il y avait lieu de vérifier l'état du code pénal polonais—Après avoir obtenu ces informations en demandant au centre de documentation, le tribunal a convoqué le requérant et une nouvelle audience a eu lieu—Le requérant alléguait excès de juridiction du tribunal dans sa recherche d'informations—Jugement: le tribunal a agi dans le cadre de l'audience dans la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

mesure où, lors du délibéré, s'appuyant sur une preuve qui lui permettait de douter de la pertinence du document, il pouvait «prendre les mesures nécessaires à une instruction approfondie de l'affaire» aux termes de l'art. 67(2)d) de la Loi sur l'Immigration—N'ayant pas encore statué sur la revendication, la section du statut n'était pas dessaisie de ses fonctions, et elle pouvait exercer les pouvoirs que lui accorde la loi «pourvu qu'elle le fit de façon appropriée en donnant au requérant la possibilité de se faire entendre à la reprise de l'audience»: *Salinas c. Canada*, [1992] 3 C.F. 247 (C.A.)—Demande rejetée—Loi sur l'Immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 67(2)d).

SZYLAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-378-93, juge Denault, jugement en date du 6-5-94, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) a conclu que la requérante n'était pas un réfugié au sens de la Convention, compte tenu des changements qui s'étaient produits dans la situation du pays—La requérante, une citoyenne salvadorienne, a fondé sa revendication sur l'allégation selon laquelle elle avait raison de craindre d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social et de ses opinions politiques—Le fils de la requérante, qui était chef de syndicat au Salvador, était poursuivi par les escadrons de la mort—Le mari de la requérante avait été attaqué et sa maison avait été saccagée par un escadron de la mort—La requérante et son mari ont fui le pays en 1984—Selon le critère approprié, relativement au changement de la situation ou des circonstances dans un pays, il faut démontrer l'existence de changements fondamentaux et importants d'une durabilité établie ou un changement important, efficace et durable—L'analyse de la SSR ne satisfait pas complètement au critère concernant les changements qui se produisent dans la situation du pays—Demande accueillie.

VELASQUEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-990-93, juge Gibson, ordonnance en date du 31-3-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié avait conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention à cause de la conclusion défavorable qu'elle avait tirée au sujet de leur crédibilité—La requérante et ses trois enfants, des citoyens sri lankais, ont revendiqué le statut de réfugié du fait de leur race, de leur religion, de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—Il s'agit de savoir si le tribunal a commis une erreur de droit en admettant en preuve et en prenant en considération le mémoire produit par le ministre à l'égard de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire présentée par le mari de la requérante—Selon ce mémoire, la revendication du mari aurait été rejetée parce qu'elle n'avait pas de minimum de fondement—Le tribunal a conclu, en vertu de l'art. 68(3) de la Loi sur l'immigration, que le mémoire pouvait être admis—La requérante allègue qu'il y a eu violation des règles de justice naturelles, d'autant plus que la Cour d'appel fédérale avait accueilli la demande du mari et annulé la décision défavorable rendue en février 1993 par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement—L'art. 68(3) confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

étendu quant à ce qu'il peut admettre en preuve, celle-ci devant être crédible et digne de foi: *Procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.)—Le tribunal a eu raison de conclure que la preuve était admissible conformément à l'art. 68(3) et qu'il était tenu d'apprécier la preuve et de décider du poids à lui accorder, mais compte tenu de la nature litigieuse de l'élément de preuve en cause, il était également tenu d'indiquer dans sa décision quel poids elle accordait de fait au mémoire—Le tribunal a commis une erreur parce qu'il n'a pas mentionné le document dans sa décision—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

ARUMUGANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1808-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 25-3-94, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement (un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié) avait conclu que la revendication de la requérante n'avait pas de minimum de fondement—La requérante, qui est citoyenne iranienne, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention après avoir été arrêtée et détenue à son arrivée au Canada—Avant l'enquête, la requérante avait fait l'objet de deux révisions des motifs de sa détention, présidées par le même arbitre—Il s'agit de savoir si le fait que le même arbitre avait présidé aux révisions des motifs de la détention et à l'enquête sur le minimum de fondement créait une crainte raisonnable de partialité—Les conclusions tirées par l'arbitre lors des révisions des motifs de la détention, à la suite desquelles la requérante a continué à être détenue, étaient dans une large mesure fondées sur l'évaluation de la crédibilité—L'arbitre avait examiné à deux reprises la crédibilité de la requérante lors des révisions des motifs de la détention et avait examiné exactement les mêmes éléments de preuve que ceux sur lesquels il s'est par la suite penché à l'enquête—Cela étant, il existe une crainte raisonnable de partialité—Demande accueillie.

ASHOORNIA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1465, juge Simpson, ordonnance en date du 22-3-94, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise par le tribunal à la suite d'une décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le requérant n'était pas recevable puisque ce dernier avait prolongé son séjour sans autorisation—À la première enquête, un avis d'interdiction de séjour a été signifié—Le requérant ne s'y est pas conformé—À la seconde enquête, le requérant a revendiqué le statut de réfugié pour la première fois—Il s'agit de savoir si la revendication du statut de réfugié du requérant est recevable compte tenu de l'art. 46.01(1)f) de la Loi sur l'immigration—L'art. 46.01(1)f) vise à faire obstacle aux demandes inutiles et importunes et à établir certaines limites d'ordre procédural pour la présentation d'une demande de statut: l'intéressé qui ne se conforme pas à un avis d'interdiction de séjour ne peut pas revendiquer le statut de réfugié à une enquête ultérieure—L'art. 46.01 est assujéti aux principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7 de la Charte—

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

L'art. 7 de la Charte n'a pas été violé—À la première enquête, lorsque l'avis d'interdiction de séjour a été délivré, on a demandé au requérant s'il voulait revendiquer le statut de réfugié et il a répondu par la négative—Le requérant n'a invoqué aucune incapacité dont il aurait été atteint pendant la première enquête ni aucune irrégularité procédurale—La conclusion du tribunal est compatible avec l'objectif de l'art. 46.01, selon lequel une limite raisonnable est prévue pour la présentation d'une demande du statut de réfugié—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)f) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], art. 7.

PANJWANI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2804-92, juge Simpson, ordonnance en date du 22-3-94, 7 p.)

Appel de la décision par laquelle l'arbitre avait statué que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Il ne faut pas tenir pour acquis que toutes les personnes victimes des forces gouvernementales dans le cadre d'une guerre civile sont perçues comme ayant des opinions politiques, même si elles vivent dans une région touchée par l'insurrection—La preuve que l'appelant a présentée pour établir le lien nécessaire entre le bombardement tragique de son village et les opinions politiques que lui aurait attribuées le gouvernement afghan et ses alliés militaires russes est trop ténue—La crainte subjective de l'appelant de retourner en Afghanistan n'avait aucun lien objectif avec les motifs inclus dans la définition de «réfugié au sens de la Convention»—Appel rejeté.

SHEREEN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-913-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 21-3-94, 2 p.)

Appel de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—L'appelant, un citoyen du Sri Lanka, a revendiqué le statut de réfugié du fait de sa race—L'armée et la marine sri lankaises ainsi qu'un groupe social lui posaient des problèmes—Dans le formulaire de renseignements personnels, l'appelant avait omis de mentionner un événement précis, à savoir le fait qu'un groupe d'insurrection armée (le LTTE) avait gagné le contrôle total de la région où il résidait au Sri Lanka—La demande que le LTTE avait faite ne peut pas être considérée comme un acte isolé de harcèlement puisque le LTTE était prêt à tuer les membres de la famille de l'appelant pour avoir l'argent que ce dernier avait promis de verser—Il s'agit de savoir si la manière dont les membres du tribunal sont intervenus à l'audience est correcte—Il n'y avait pas raisonnablement lieu de craindre la partialité—En l'absence d'un agent d'audience, il était raisonnable, pour les deux membres, de tenter de clarifier ou de concilier certains points du témoignage et, pour le président, d'intervenir de façon à préserver le bon ordre de l'audience—Il faut accorder au tribunal qui instruit une revendication du statut de réfugié une latitude raisonnable, compatible avec le mandat que lui accorde la loi, lorsqu'il interroge le demandeur de statut—Il s'agit de savoir s'il y a eu

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

déni de justice naturelle du fait que le président s'est opposé à la tentative de l'avocat de procéder à un nouvel interrogatoire au sujet de l'événement qu'on avait omis de mentionner dans le Formulaire de renseignements personnels—Bien que les réponses de l'appelant au cours du contre-interrogatoire aient pu sembler à première vue exhaustives, cela n'était pas une raison pour lui refuser la possibilité de témoigner sur le point en question au moyen d'un nouvel interrogatoire—L'appelant s'est également vu nier une possibilité raisonnable de présenter une preuve à l'audience, possibilité que la loi accorde aux demandeurs de statut—Appel accueilli.

KANAGASEKARAMPILLAI C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (A-171-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 22-4-94, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) avait conclu que le revendicateur aurait une crainte raisonnable d'être persécuté s'il était renvoyé dans son pays d'origine, mais l'avait exclu de la définition de réfugié en vertu de l'art. 1.Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—Le revendicateur, qui est le fils de l'ancien président de la Somalie, était officier de l'armée somalienne—Il avait apparemment commis des crimes contre l'humanité ou des actes contraires aux buts et principes des Nations Unies, parce qu'il était membre du régime Barre et qu'il avait dirigé une prison où des actes de torture et d'autres atrocités étaient commis—Le revendicateur a allégué un déni de justice naturelle parce qu'on avait omis de communiquer des documents concernant les témoins et parce qu'il n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger un témoin—Les audiences concernant les réfugiés visées à l'art. 69.1(5) de la Loi sur l'immigration doivent être équitables, la norme d'équité dépendant des circonstances de chaque affaire—Les tribunaux ont un vaste pouvoir discrétionnaire quant à la procédure adoptée et, en vertu de l'art. 68(3), la SSR n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve—Les règles de l'équité n'ont pas été respectées; le revendicateur aurait dû avoir une possibilité raisonnable de vérifier la preuve au moyen d'un contre-interrogatoire; de plus, l'utilisation que le tribunal a faite des déclarations non assermentées d'un témoin au sujet du rôle du revendicateur en Somalie était inéquitable—Demande accueillie et affaire déferée pour nouvelle audition—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 68(3), 69.1(5) (édicé par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T.C. n° 29, art. 1.Fa).

SIAD C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (A-1060-92, juge Strayer, ordonnance en date du 12-4-94, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant avait été victime de discrimination ou de harcèlement, mais qu'il n'avait pas été persécuté—Le requérant, un citoyen de la République populaire de Chine, a participé à des soulèvements étudiants; il a été arrêté et détenu et son nom

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

a été inscrit sur une «liste noire», ce qui l'empêchait d'obtenir un emploi ou de retourner à l'école pour accroître ses compétences—Il est arrivé au Canada en 1992 et a revendiqué le statut de réfugié en invoquant une crainte fondée d'être persécuté du fait de ses opinions politiques—Question de savoir si l'inscription du requérant sur la liste noire constitue de la persécution ou simplement de la discrimination—Question de savoir si le tribunal a commis une erreur en tirant des conclusions non étayées par la preuve—Dans *Oyarzo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 779 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a laissé entendre que le refus de permettre à une personne de poursuivre ses études du fait de ses opinions politiques était un facteur à prendre en considération dans une revendication du statut de réfugié—Le fait qu'il est difficile d'obtenir un emploi, ainsi que d'autres considérations, font partie de la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention: *Ovakimoglu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1983), 52 N.R. 67 (C.A.F.)—Le tribunal n'a pas bien évalué la preuve selon laquelle le droit du requérant de gagner sa vie et d'avoir accès aux maisons d'enseignement normalement disponibles avait été restreint—La capacité de subvenir à ses besoins dépend normalement de la possibilité de travailler et de gagner sa vie—Si, dans un pays où l'État contrôle l'économie, l'État prend des mesures pour empêcher une personne d'obtenir un emploi, cette personne en subira un préjudice important—Une intervention gouvernementale systématique relativement à la possibilité de trouver du travail doit être considérée comme une restriction grave à l'égard d'un particulier—Si l'inscription sur une liste noire empêche seulement une personne de trouver un emploi d'une certaine façon, mais pas d'autres façons, cette action n'équivaut pas nécessairement à de la persécution—Si, comme l'allègue le requérant, l'inscription sur la liste noire a pour effet de rendre illégal l'embauchage d'une personne par quiconque en Chine, il est possible qu'aucun employeur éventuel ne soit prêt à risquer d'employer le requérant—Le tribunal n'était pas obligé d'admettre l'élément de preuve laissant entendre que le requérant ne pourrait obtenir un emploi en Chine que d'une façon illégale, mais il n'avait pas le droit de l'ignorer—La conclusion du tribunal selon laquelle il n'existe aucun motif juridique pour lequel le requérant ne pourrait pas être embauché par son ancien employeur est contraire à la preuve—Le tribunal a tiré une conclusion de fait sans tenir compte des documents et a commis une erreur justifiant une réparation—Demande accueillie—L'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale ne confère pas à la Cour fédérale la compétence requise pour substituer sa décision à celle du tribunal qui fait l'objet du contrôle judiciaire—La Cour a compétence pour déferer l'affaire pour nouvelle décision conformément aux directives qu'elle juge à-propos—Des directives de la nature d'un verdict commandé ne devraient être données que lorsque l'affaire est simple et que la décision rendue par la Cour dans le cadre du contrôle judiciaire réglerait l'affaire dont le tribunal était saisi—En règle générale, la Cour devrait laisser aux tribunaux spécialisés le soin de rendre les décisions sur le fond—Affaire déferée pour nouvelle décision par une formation différemment constituée—Il est ordonné aux parties de produire des preuves au sujet de la question de savoir si l'inscription sur une liste noire a pour effet de rendre illégal l'embauchage d'une personne en Chine ou limite seulement les possibilités d'emploi, ainsi qu'au sujet

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

de la gravité de pareilles restrictions—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

XIE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1573-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 3-3-94, 9 p.)

Appel fondé sur un certificat délivré par le juge de première instance en vertu de l'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration—L'intimé, un citoyen sri lankais, était marié à une Tamoule—L'intimé avait raison de craindre d'être persécuté par l'armée sri lankaise, qui avait tenté de lui faire dénoncer des militants appartenant aux Tigres tamouls—La Commission a conclu que l'intimé pouvait se prévaloir d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays, à Colombo, où l'armée ne s'en prenait qu'aux jeunes Tamouls de sexe masculin—Le juge de première instance a conclu que le ministre ne s'était pas acquitté de l'obligation qu'il avait de prouver l'existence d'une possibilité de refuge et que la Commission avait commis une erreur en concluant qu'il existait pareille possibilité—Le juge de première instance a certifié deux questions: (1) à qui incombe le fardeau de prouver la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays; (2) que signifient les mots «déraisonnable pour le demandeur, compte tenu de toutes les circonstances, de s'y réfugier» employés dans l'arrêt *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 706 (C.A.)—Le juge de première instance a commis une erreur en imposant au ministre l'obligation de prouver l'existence d'une possibilité de refuge dans une autre partie du même pays une fois que le bien-fondé de la crainte de persécution avait été établi—Les circonstances varient dans chaque cas et doivent se rapporter à la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays—Le juge de première instance a eu raison de conclure que la section du statut avait commis une erreur en concluant à l'existence d'une possibilité de refuge—Une fois établie la crainte de l'intimé d'être persécuté par l'armée nationale dans une partie du pays que celle-ci contrôle, il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que l'intimé cherche refuge dans une autre partie du Sri Lanka contrôlée par la même armée—Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire de préciser si un nouveau tribunal ou le même tribunal doit examiner la décision en tenant compte des motifs du juge de première instance, tels qu'ils ont été modifiés en l'espèce—La Cour d'appel fédérale ne peut pas déclarer que l'intimé est un réfugié au sens de la Convention puisque le juge de première instance n'était pas autorisé à faire la déclaration proposée dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Appel accueilli—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. SHARBDEEN (A-488-93, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 21-3-94, 3 p.)

**CODE CIVIL**

Un employé de la Banque de Montréal avait réalisé des profits personnels importants en utilisant des fonds de la Banque pour spéculer en devises étrangères—Le MRN a établi, à l'égard de l'employé, une cotisation montrant qu'il devait

**CODE CIVIL—Fin**

350 000 \$ à titre d'impôt sur le revenu—Les biens de l'employé ont été saisis; la Banque a vainement tenté devant la Cour supérieure et devant la Cour d'appel du Québec, d'obtenir le paiement ainsi qu'un jugement déclaratoire portant qu'elle était propriétaire du certificat de dépôt parce que l'employé n'était pas assujéti à une obligation fiduciaire—L'employé a obtenu une injonction de la Cour supérieure obligeant la Banque à verser le produit du certificat de dépôt au MRN à l'égard de l'impôt sur le revenu—La Banque a interjeté appel devant la Cour suprême du Canada, qui a jugé que les opérations effectuées par l'ancien employé étaient frauduleuses et que celui-ci devait l'argent à la Banque—Le MRN a refusé de rembourser à la Banque les sommes qu'elle avait payées à l'égard de l'impôt sur le revenu de l'ancien employé—Il s'agit de savoir si la Banque a droit au remboursement des sommes versées à l'égard de la dette fiscale de son ancien employé—L'action intentée par la Banque était fondée sur le principe énoncé à l'art. 1140 du Code civil du Québec, selon lequel tout paiement suppose une dette, et ce qui a été payé sans qu'il existe une dette est sujet à répétition—La Banque avait payé sous protêt au MRN des sommes provenant du certificat de dépôt à l'égard de la dette fiscale de l'employé; la Cour suprême du Canada a jugé que ces fonds appartenaient à la Banque; la Banque a le droit de récupérer les sommes qui lui appartiennent: *The Queen v. Premier Mouton Products Inc.*, [1961] R.C.S. 361—La Banque n'a commis aucune erreur de fait ou de droit en effectuant le paiement au MRN—En refusant de remettre l'argent à son propriétaire légitime, le MRN a cherché à obliger la victime d'une fraude à payer l'impôt sur le revenu dû par l'auteur du crime; c'est un lieu commun de dire qu'une telle situation est manifestement injuste—L'omission du MRN de remettre l'argent par suite de la décision unanime de la Cour suprême, selon laquelle ces fonds appartenaient à la Banque, constitue de la mauvaise foi—Le MRN doit verser à la Banque la somme de 293 869,58 \$, plus les intérêts ainsi que l'indemnité additionnelle—Code civil du Québec, art. 1140.

BANQUE DE MONTRÉAL C. M.R.N. (T-2126-90, juge McGillis, jugement en date du 7-2-94, 13 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Clause privative figurant à l'art. 243 du Code canadien du travail—Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par un arbitre, au motif: (1) que l'arbitre n'avait pas compétence; (2) que la décision était fondée sur une décision de fait erronée, tirée de façon abusive; (3) que l'arbitre avait omis de prendre en considération la jurisprudence invoquée—L'arbitre devait déterminer si l'intimé avait injustement été congédié—L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que les ordonnances de l'arbitre sont définitives et non susceptibles de recours judiciaire—L'effet de la clause privative a graduellement été affaibli par la jurisprudence au point que, lorsque le litige porte sur la compétence d'un tribunal administratif, la norme qui régit le contrôle judiciaire de l'ordonnance du tribunal est celle de la justesse: *Lignes aériennes Canadien Pacifique c. Association canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724—Pour savoir s'il est compétent en vertu de l'art. 242(3.1) du Code du travail, l'arbitre doit

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

d'abord décider si le congédiement est injuste et, dans l'affirmative, si le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suspension d'un poste; ces questions sont déterminantes lorsqu'il s'agit de savoir si l'arbitre est compétent pour examiner la plainte—L'arbitre a refusé d'exercer sa compétence préliminaire en refusant d'«examiner si le plaignant avait été licencié» à cause des facteurs relevés—La notion de licenciement au sens du Code veut dire que l'on ne peut blâmer l'employé; elle reflète une conjoncture difficile ou un changement dans le mode d'exploitation de l'employeur—L'intimé a de fait été licencié au sens de l'art. 242(3.1)a) et, par conséquent, l'arbitre a entrepris, sans être compétent à cet égard, d'instruire la plainte sous le régime de l'art. 242(3)—Demande accueillie—La décision de l'arbitre est annulée, ce qui a pour effet immédiat d'entraîner le rejet de la plainte déposée par l'intimé—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242(3.1)a) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16), 243.

AIR CANADA C. DAVIS (T-2972-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 4-3-94, 16 p.)

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

### BREVS DE PRÉROGATIVE

#### *Certiorari*

Demande de *certiorari* ou d'un jugement déclaratoire portant que la décision qu'avait prise le Directeur général, Affectation et carrière des officiers (le DGACO) à la suite de la recommandation qu'avait faite le Conseil de révision des carrières des Forces canadiennes de libérer le requérant des Forces canadiennes est nulle et non avenue—La demande est fondée sur ce que l'intimé a omis d'observer les principes de justice naturelle en ne tenant pas d'audience, en refusant la communication complète de la preuve et en n'informant pas le Conseil de révision des carrières de la présentation d'une demande d'ajournement, et sur ce que le Conseil, n'ayant pas été régulièrement constitué, n'avait pas compétence—Il s'agit de savoir si le Conseil avait compétence et si le devoir d'agir avec équité a été observé—Le gouverneur général est autorisé à libérer les personnes enrôlées dans les Forces canadiennes; le pouvoir de faire une recommandation de libération obligatoire a été délégué au DGACO—Les directives administratives de l'Operating Procedures Manual n'ont pas force de loi; l'omission de s'y conformer ne peut pas invalider la décision du DGACO de recommander la libération du requérant—L'obligation d'équité procédurale s'applique dans le cas du requérant parce que la perte d'un emploi a des répercussions importantes sur la personne en cause—Dans le cas du congédiement d'un employé, il suffit de fournir des motifs ainsi que la possibilité d'être entendu pour satisfaire à l'obligation d'équité procédurale: *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653—Le requérant a amplement eu l'occasion de présenter des observations écrites, rien ne justifiait la tenue d'une

## CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

audience et l'omission de communiquer la note de synthèse n'équivalait pas à l'inobservation de l'obligation d'équité procédurale parce que les renseignements avaient déjà été communiqués au requérant—Demande rejetée.

MILLER C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL, AFFECTATION ET CARRIÈRE DES OFFICIERS, FORCES CANADIENNES) (T-2063-93, juge Denault, jugement en date du 17-3-94, 16 p.)

## DOUANES ET ACCISE

### LOI SUR LES DOUANES

Appel d'une décision de première instance accueillant partiellement l'action en recouvrement du montant que la demanderesse (Plaza) avait été forcée de payer suite à une confiscation par constat en vertu des art. 35, 36, 37 et 192(1)(c) de la Loi sur les douanes, et contre-appel—Plaza, qui se spécialise en vêtements de sport, importa de la marchandise provenant de l'Extrême-Orient sous la marque de commerce «Anne Klein»—Une perquisition conduite au siège social de Plaza par des agents de douanes a révélé l'existence d'une seconde série de factures couvrant les mêmes marchandises qui avaient fait l'objet des importations mais venant non de l'Extrême-Orient mais d'une corporation new-yorkaise (Manhattan), aucune référence n'était faite à des fabricants d'Extrême-Orient sur les factures, et les prix de vente indiqués sur les factures de douanes étaient majorés de 15 % et de 5 %—La perquisition révéla, en second lieu, l'existence d'autres documents qui attestaient des paiements faits par Plaza à Manhattan en rapport avec les mêmes marchandises—Plaza prétend que ses relations d'affaires avec Manhattan ont été établies par deux contrats consistant uniquement en une relation d'agent à principal et de cédant à cessionnaire—Il est impossible d'apprécier valablement la nature juridique de rapports contractuels qui unissent des parties en se basant uniquement sur les termes légaux qu'elles auraient utilisés dans leurs conventions écrites ou encore moins sur les ententes commerciales qu'elles cherchaient à mettre en place—Manhattan ne peut être légalement vu comme un agent de Plaza pour l'achat de marchandises en Extrême-Orient; on voulait plutôt donner à la demanderesse le droit de vendre des produits «Anne Klein» au Canada et lui permettre d'utiliser ce droit en lui donnant les moyens de s'approvisionner selon ses besoins puisque Manhattan possédait le droit exclusif de dessiner et de manufacturer des produits «Anne Klein» en Amérique—Les relations entre Plaza et Manhattan ont toutes les caractéristiques essentielles de relations vendeur-acheteur—Pas de confirmation des amendes imposées à Plaza pour autres omissions puisque le juge de première instance a accepté les explications du président de Plaza et conclu à sa bonne foi; ceci élimine l'intention frauduleuse requise pour l'imposition d'amende—Appel accueilli et contre-appel rejeté—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 35, 36, 37, 192(1)c).

SIGNATURE PLAZA SPORT INC. C. CANADA (A-453-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 28-2-94, 15 p.)

## DROIT AÉRIEN

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la ministre des Transports avait rejeté une demande de certificat aux fins de l'exploitation d'un héliport—La demande est fondée sur le fait que la ministre avait excédé sa compétence en déléguant illégalement son pouvoir—La ministre avait refusé de délivrer le certificat en se fondant sur l'art. 6.71(1) de la Loi sur l'aéronautique et sur l'art. 810 du Règlement de l'air—Il s'agit de savoir si la ministre était autorisée à rejeter la demande de certificat pour des raisons d'intérêt public—Les attributions de la ministre en matière d'aéronautique sont énoncées à l'art. 4.2 de la Loi; les questions relevant de la responsabilité de celle-ci sont très variées et comprennent la sécurité aérienne—La Loi autorise la ministre à refuser une demande de certificat—Il s'agit de savoir si les dispositions adoptées en 1992 pouvaient être utilisées pour refuser une demande déposée en 1990—La Cour a énoncé trois critères permettant de déterminer s'il y avait lieu d'accorder l'ajournement et a finalement décidé de rejeter la demande—Il n'y a pas lieu de modifier le droit *prima facie* qu'a le propriétaire d'utiliser sa propriété conformément aux règlements de zonage existants sauf s'il est établi que les autorités avaient l'intention de modifier le zonage avant la demande de permis—Les règles de droit applicables dans l'affaire sont celles qui étaient en vigueur à la date de la demande—Il s'agit de savoir si la ministre a commis une erreur en déléguant son pouvoir et en déterminant ce qui constituait l'«intérêt public»—La disposition qui confère un pouvoir discrétionnaire à un ministre comporte certaines limites—Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé par l'autorité à laquelle il est conféré, il doit être exercé de façon indépendante et ne doit pas être soumis à l'influence d'un autre organisme—L'art. 6.71(1) de la Loi et l'art. 810 du Règlement confèrent à la ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser une demande de certificat si elle estime que l'intérêt public le justifie—La ministre a pris la décision finale de refuser la demande de certificat; elle n'était pas liée par l'opposition ou l'approbation d'une autre autorité, mais elle pouvait être d'accord ou non avec toute autre préoccupation soulevée—Il n'y a pas eu délégation de pouvoir non autorisée, puisque la ministre avait fait savoir qu'elle avait examiné les motifs de l'opposition et qu'elle avait décidé elle-même de refuser la demande de certificat—Un ministre ne peut prendre une décision de façon isolée et doit souvent se fonder sur d'autres sources ou d'autres avis afin de rendre une décision éclairée au sujet de l'opportunité de délivrer un certificat—Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé aux fins des objectifs de la politique ou des objets de la loi d'habilitation—La ministre ne s'est pas fondée sur des facteurs non pertinents—Demande rejetée—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4.2 (édité par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 33, art. 1), 6.71(1) (édité par L.C. 1992, ch. 4, art. 14)—Règlement de l'air, C.R.C., ch. 2, art. 810.

CAN-DU AIR LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS)  
(T-2724-92, juge Joyal, ordonnance en date du 30-3-94,  
12 p.)

## DROIT MARITIME

Arbitrage—Réclamation de 53 640,10 \$ US concernant le transport de marchandises—Demande de renvoi et de sursis de l'instance présentée par les défendeurs—Les demanderes

## DROIT MARITIME—Fin

allèguent qu'une entente est intervenue entre les avocats, à Vancouver, en ce qui concerne l'arbitrage—Selon l'art. 8(1) du Code d'arbitrage commercial, la Cour n'a aucun pouvoir discrétionnaire pour déterminer si elle doit renvoyer à l'arbitrage les questions visées par la convention d'arbitrage—L'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'action puisque, à toutes fins utiles, les questions soulevées dans le cadre de l'action seront réglées par l'arbitrage—L'action est suspendue à condition que les défendeurs ne s'appuient pas sur la question de la prescription ou des délais dans leur défense—Les défendeurs devraient avoir droit aux dépens découlant de la requête, quelle que soit l'issue de la cause—Les retards considérables et inexplicables sont attribuables aux demanderes—Les procureurs des défendeurs ont clairement imputé cette responsabilité aux demanderes dans une lettre où ils signalaient que ces dernières avaient omis de faire part de leur position définitive relativement au projet de convention d'arbitrage; les demanderes avaient été prévenues que si elles ne faisaient pas part de leur position formelle, les défendeurs présumeraient qu'elles n'étaient pas intéressées à ce que l'arbitrage ait lieu à Vancouver; les défendeurs n'ont reçu aucune réponse à cette lettre—La nécessité de renvoyer l'affaire pour arbitrage à New York est attribuable aux retards causés par les demanderes—La requête en vue du renvoi et du sursis est accueillie, les dépens devant être payés par les demanderes—Code d'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 8(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 10).

CONTINENTAL RESOURCES INC. C. SOVEREIGN VENTURE (LE)  
(T-2128-91, juge Strayer, ordonnance en date du 21-3-94,  
5 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

### CALCUL DU REVENU

#### Déductions

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait conclu que la défenderesse avait droit à la déduction réclamée en vertu de l'art. 20(1)gg) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La défenderesse, une maison de courtage en contrats à terme sur marchandises, avait acheté, sur le marché tangible, des lingots d'or et d'argent et avait vendu des contrats, au même prix, livrables postérieurement, pour assurer que ses achats de lingots n'augmentaient pas son risque net par rapport aux fluctuations des prix du marché—Les ventes et achats de lingots avaient été effectués sur les conseils du comptable de la défenderesse, qui lui avait fait remarquer que cela pouvait donner lieu à une déduction fiscale au titre de l'art. 20(1)gg) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Cette disposition provisoire de la Loi était destinée à alléger quelque peu l'augmentation du fardeau fiscal de certaines entreprises, attribuable aux «faux» bénéfices découlant de l'incidence d'une inflation élevée sur des inventaires de fin d'année—Pour satisfaire aux exigences de l'art. 20(1)gg), l'opération doit faire partie des affaires habituelles de l'entreprise telle qu'elle est exploitée, n'exiger aucune attention et ne découler d'aucune situation particulière—Les lingots d'or que la contribuable possédait au début de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

l'exercice financier 1978-1979 n'autorisaient pas la déduction, car ils ne faisaient pas partie de l'inventaire au titre de l'entreprise exploitée par la contribuable—L'inventaire, au sens de l'art. 248(1), est habituellement acquis pour être revendu à profit; les lingots d'or et d'argent n'ont pas été acquis à des fins commerciales ni dans l'intention de les revendre à profit—Les opérations étaient structurées de telle manière qu'il était impossible d'en tirer bénéfice et que des frais seraient nécessairement engagés—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)gg) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14(1)), 248(1).

CANADA C. BASTION MANAGEMENT LTD. (T-1344-88, juge Reed, jugement en date du 11-4-94, 8 p.)

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait confirmé la nouvelle cotisation établie à l'égard du demandeur pour les années d'imposition 1978, 1979, 1982, 1983 et 1984—Le demandeur, qui est représentant de commerce, avait droit à une allocation s'il utilisait sa voiture et la compagnie remboursait les frais engagés pour l'essence, l'huile, le graissage et le stationnement—Dans les déclarations, l'allocation a été ajoutée au revenu et les dépenses ont été déduites du revenu d'emploi—En 1982, 1983 et 1984, d'autres dépenses se rapportant à la voiture ont été déduites, dans les déclarations de revenus—Pour pouvoir déduire, en vertu de l'art. 8(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu, les dépenses engagées en vue de gagner un revenu tiré de commissions ou, en vertu de l'art. 8(1)h), les frais de déplacement engagés dans l'exercice de ses fonctions, le demandeur doit satisfaire à certains critères: il doit exercer ses fonctions ailleurs qu'au lieu de l'entreprise de son employeur, il doit assumer ses propres dépenses, il ne doit pas avoir reçu d'allocations raisonnables pour frais de déplacement—Le demandeur n'était pas tenu de se servir de sa voiture et de payer les frais d'utilisation de celle-ci—Il recevait une allocation raisonnable au titre des frais de déplacement—Le demandeur a allégué que l'allocation ne couvrirait pas toutes les dépenses—Il ne faisait pas un usage raisonnable de son véhicule—Il n'a pas montré qu'il était déraisonnable que son employeur s'attende à ce qu'il utilise sa voiture de façon efficace, et que l'allocation ne soit destinée qu'à couvrir les dépenses engagées pour l'utilisation marginale requise par son travail—Action rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 8(1)f), h).

HUDEMA C. CANADA (T-474-89, juge Strayer, jugement en date du 23-3-94, 8 p.)

*Gains en capital*

Appel du jugement de première instance ayant renversé la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui avait rejeté l'appel de l'intimé—L'intimé est ingénieur professionnel et a été membre d'une société faisant affaire dans plusieurs provinces du Canada; l'intimé s'est retiré de la société en 1983 et a reçu un montant de 110 000 \$ représentant sa part dans les revenus de la société pour une partie de l'année fiscale qui se terminait le 31 janvier 1984—Pour l'année d'imposition 1984, l'intimé a déclaré le total du revenu reçu de la société comme s'il avait tout été gagné dans la province du Québec, où il avait sa résidence—La société avait gagné ses revenus dans neuf provinces

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

dont seulement 12,8 % au Québec—Le ministre a cotisé l'intimé comme si 87,2 % de ses revenus avaient été gagnés dans des provinces autres que le Québec et a réduit le dégrèvement pour l'impôt du Québec et prélevé des impôts provinciaux—L'intimé prétend qu'il devrait être cotisé comme un résident du Québec qui n'a aucune source de revenu en dehors de cette province—En vertu de l'art. 96(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, le revenu du contribuable est calculé comme si la société avait une personnalité juridique distincte; le revenu de la société est attribué à ses membres proportionnellement à la part de chacun dans la société; chaque membre est réputé avoir reçu sa part de chaque source et de chaque endroit dans les mêmes proportions que la société; il s'agit de «l'attribution directe» du revenu de la société à celui de chacun de ses membres—En vertu de l'art. 96(1.1), la personne qui se retire de la société est réputée être membre; les montants représentant la part de cette personne dans les revenus de la société doivent être inclus dans le calcul de son revenu «nonobstant toute autre disposition» de la Loi—L'art. 96(1) de la Loi crée une série de fictions pour le calcul du revenu d'un contribuable qui est membre d'une société ou réputé l'être; l'art. 96(1)f) attribue à ce contribuable sa part dans le revenu de la société comme s'il l'avait lui-même tirée des mêmes sources et des sources situées aux mêmes endroits que la société elle-même—L'art. 96(1) détermine pour le contribuable à qui il s'applique comment il doit calculer son revenu et ce calcul est nécessairement reflété dans le calcul de son revenu imposable et de son impôt—Comme la société a gagné 87,2 % de ses revenus dans des provinces autres que le Québec, l'intimé est réputé en avoir fait de même pour sa part de revenus—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 96(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (item 12); 1983-84, ch. 1, art. 43(1)), (1.1) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 60(2)).

CANADA C. LACHANCE (A-1296-92, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 2-3-94, 11 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait statué que les mensualités versées à titre de subvention au logement ne constituaient pas une allocation imposable—L'intimé, un agent de la GRC, avait été muté de Regina à Toronto et avait reçu du ministère des Approvisionnements et Services une somme mensuelle de 700 \$ à titre de subvention au logement—Dans sa déclaration, l'intimé n'avait pas inclus la subvention au logement dans son revenu—Selon la jurisprudence, l'allocation prévue à l'art. 6(1)b) de la Loi de l'impôt sur le revenu comporte trois éléments: (1) une somme arbitraire, c'est-à-dire une somme déterminée à l'avance sans qu'il soit tenu compte d'une dépense ou d'un coût réel; (2) les allocations pour frais personnels ou de subsistance, à des fins déterminées; (3) une allocation dont le bénéficiaire peut disposer à sa guise en ce sens qu'il n'est pas tenu de démontrer que l'argent a servi à une dépense ou à un coût réel—La subvention au logement comporte toutes les caractéristiques légales d'une allocation imposable, et comprend les trois éléments susmentionnés; il ne s'agit pas du remboursement d'une dépense particulière—L'allocation n'est pas une «augmentation



## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

cachée» ou «dissimulée de rémunération» qui doit être considérée comme un revenu—Demande accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 6(1*b*).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. MACDONALD  
(A-1523-92, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 23-3-94, 8 p.)

## INJONCTIONS

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux intimés de mettre fin à l'emploi que le requérant occupe au sein du programme d'apprentissage de peinture industrielle dans un établissement correctionnel, du simple fait qu'il ne veut pas suivre volontairement un programme de traitement pour délinquants sexuels—Dans l'action principale, le requérant sollicite: (1) une ordonnance déclaratoire portant qu'il ne peut pas être contraint à participer au programme de traitement; (2) une ordonnance déclaratoire portant qu'il ne peut pas être mis fin à son emploi dans le programme d'apprentissage; (3) une ordonnance déclaratoire portant qu'il ne peut pas être transféré à un autre établissement—Le requérant, qui purge une peine de six ans d'emprisonnement pour s'être livré à une agression sexuelle et pour avoir proféré des menaces, n'avait pas d'autre choix que d'être transféré à un autre établissement pour participer au programme de traitement des délinquants sexuels—Il s'agit de savoir si c'est le programme de traitement pour les délinquants sexuels qui doit avoir priorité ou le programme d'apprentissage—Dans l'arrêt *Horii c. Canada*, [1992] 1 C.F. 142 (C.A.), un critère en trois parties a été énoncé à l'égard des injonctions: question sérieuse à trancher, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients—La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition est une nouvelle loi dans laquelle les obligations incombant au Service correctionnel du Canada (le SCC) en ce qui concerne les programmes ne sont pas clairement définies; la déclaration soulève des questions sérieuses—Le requérant n'a pas satisfait à l'obligation qui lui incombe de démontrer qu'il subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée—L'intérêt public est l'élément crucial en ce qui concerne la prépondérance des inconvénients—La loi oblige le SCC à tenir compte de la protection de la société—La collectivité a intérêt à veiller à ce que les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles qui réintègrent la société aient pris toutes les mesures possibles pour réduire le risque de récidive—Le programme de traitement pour délinquants sexuels a un rapport direct avec les caractéristiques de l'infraction commise par le requérant—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

KUIPERS C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-450-93, juge Gibson, ordonnance en date du 31-3-94, 11 p.)

## LANGUES OFFICIELLES

Pratique—Requête par l'intimé pour une décision préliminaire sur un point de droit et pour directives—Selon la requête introductive d'instance, en vertu de l'art. 77(1) de la Loi sur les

## LANGUES OFFICIELLES—Fin

langues officielles, le requérant conteste et cherche à faire annuler la désignation linguistique d'un certain nombre de postes au sein du Bureau de l'Accise de la région du Québec—Depuis 1992, ces postes ont été abolis; de ce fait, l'intimé soutient que le recours du requérant est devenu purement académique et demande que cette question soit tranchée de façon préliminaire en vertu de la Règle 474(1*a*) de la Cour fédérale—Le requérant ne conteste pas l'abolition de ces postes mais prétend avoir subi un préjudice pécuniaire et que l'art. 77(4) de la Loi permet au tribunal d'accorder une réparation subsidiaire de nature pécuniaire—Une ordonnance ayant pour effet de casser la désignation linguistique de postes qui ont été abolis, est en principe académique—Mais l'art. 77(4) attribue à la Cour fédérale, au-delà de son pouvoir de révision, la juridiction d'accorder une réparation si elle estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la Loi, dans la mesure où elle estime qu'il est juste et convenable de le faire ayant égard aux circonstances—Le recours du requérant n'est pas devenu théorique du seul fait que les postes ont été abolis—Requête rejetée—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 77(1),(4)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 474(1*a*).

CÔTÉ C. CANADA (T-1051-92, juge Noël, ordonnance en date du 28-3-94, 4 p.)

## MARQUES DE COMMERCE

### ENREGISTREMENT

Appel d'une décision de la Commission des oppositions refusant une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Le Bateau Blanc» et dessin puisqu'elle ressemblait beaucoup dans la présentation, le son et les idées qu'elle suggère, à la marque de commerce de l'intimé «Petit-Bateau»—Ces marques de commerce sont en liaison avec des vêtements et chaussures d'enfants ainsi que des articles de literie—La Commission n'a pas erré en concluant que l'intimé avait toujours le droit de s'opposer à la demande d'enregistrement, malgré son acquiescement antérieur à l'utilisation de la marque de l'appelante—Un acquiescement à l'utilisation d'un terme ou d'un dessin n'est pas nécessairement un acquiescement à ce que l'appelante obtienne une marque de commerce semblable—Il s'agit de déterminer si la marque de commerce de l'appelante est une marque enregistrable—En vertu de l'art. 6(2) de la Loi sur les marques de commerce, l'évaluation de la confusion entre des marques de commerce se fait à partir de la confusion que pourrait avoir une personne raisonnable ayant un souvenir imparfait d'une marque—Toutes les circonstances entourant la demande d'enregistrement d'une marque de commerce doivent être évaluées—La période pendant laquelle les marques de commerce ont été en usage est un facteur déterminant—Il semble n'y avoir eu aucune animosité entre les parties depuis quinze ans et «Le Bateau Blanc Inc.» a été le détaillant des articles de la partie intimée—L'usage à long terme, côte à côte, des marques semblables diminue les probabilités que la confusion soit susceptible de survenir—Absence de preuve de confusion pendant près de vingt ans—Une marque comprenant le dessin d'un voilier est une marque ayant un champ de pro-

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

tection limité— Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), c. T-13, art. 6(2), (5), 12(1)d) (mod. par S.C. 1993, ch. 15, art. 59), 56.

MULTIPLICANT INC. C. PETIT BATEAU VALTON S.A. (T-2106-91, juge Joyal, jugement en date du 23-3-94, 10 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission d'opposition avait rejeté l'opposition de l'appelante et accueilli la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Goodwrench» présentée par l'intimée, destinée à être employée en liaison avec des huiles à moteur d'automobile et des pièces automobiles—Il s'agit de savoir si l'intimée a le droit, en vertu de l'art. 16(2) de la Loi, d'obtenir l'enregistrement de la marque de commerce «Goodwrench»—L'emploi dans le cours normal des affaires est le critère à appliquer pour définir et décrire l'emploi de la marque de commerce—Une seule vente ne suffit vraisemblablement pas pour l'application de l'art. 16 de la Loi—L'obligation qui, en vertu de l'art. 44, incombe au titulaire de l'enregistrement de justifier le maintien de l'enregistrement en fournissant une preuve d'emploi antérieur doit être moins stricte que celle qui revient à la partie qui veut établir l'emploi antérieur en vertu de l'art. 16(2)c) de la Loi, afin d'empêcher un enregistrement légitime; un seul emploi, trois ans avant la date de dépôt, ne suffit pas—La preuve montre que, dans le cours normal de ses affaires, l'appelante ne fait pas le commerce du genre de marchandises ici en cause—Un seul emploi de la marque de commerce, trois ans avant la date de dépôt de la demande, par une compagnie qui a été inactive pendant les deux années qui ont précédé la date de dépôt ne constitue pas un emploi antérieur dans le cours normal de ses affaires—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 16(2)c), 30d).

MR. GOODWRENCH INC. C. GENERAL MOTORS CORP. (T-1907-92, juge Simpson, jugement en date du 22-4-94, 10 p.)

**PÊCHES**

Appel de la décision ([1993] 2 C.F. F-44) par laquelle le juge des requêtes avait rejeté l'allégation selon laquelle l'intimé avait excédé sa compétence et violé les principes de justice naturelle en refusant de délivrer un permis de pêche pour 1993 et en réduisant à néant le quota individuel transférable de l'appelant—L'appelant avait été accusé d'avoir pêché une quantité excessive de poisson, en violation des art. 61a) et 79(1) de la Loi sur les pêches, et d'avoir comploté en vue de commettre un acte criminel, à savoir d'avoir employé des documents contrefaits, en violation de l'art. 465(1)c) du Code criminel—Juge Desjardins, J.C.A.: le juge des requêtes estimait que la mesure prise par le ministre était une mesure administrative puisqu'elle portait sur des questions de permis et qu'elle était donc au minimum soumise à l'obligation d'équité—Absence de distinction claire entre l'équité procédurale applicable aux décisions administratives et la justice naturelle applicable aux décisions quasi judiciaires—Le contenu précis dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives et de la nature de la question à trancher—La nature de la procédure devant le ministre se trouvait au haut de l'échelle

**PÊCHES—Fin**

pour ce qui était de l'application des règles de justice naturelle et d'équité procédurale—Le ministre était en droit de trancher l'affaire selon la prépondérance des probabilités—L'appelant a pleinement eu la possibilité de présenter sa cause devant le ministre—Juge MacGuigan, J.C.A.: selon l'art. 7 de la Loi sur les pêches, le pouvoir discrétionnaire que possède le ministre de délivrer des permis de pêche est soumis aux mêmes limitations juridiques, et ce, qu'il soit qualifié d'absolu ou non—Il n'y a plus lieu de maintenir la distinction entre les actes quasi judiciaires et les actes administratifs—Essentiellement, les règles de justice naturelle et d'équité exigent toutes les deux les mêmes garanties dans un cas donné—Les exigences des règles de justice naturelle et d'équité ne peuvent être révélées qu'après un examen attentif de toutes les circonstances—L'appel est rejeté, sans que les dépens soient adjugés—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 61, 79—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(1)c).

EVERETT C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (A-385-93, juges Desjardins et MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 25-3-94, 12 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal disciplinaire avait jugé le requérant coupable d'avoir en sa possession un objet non autorisé contrairement à l'art. 40j) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, à savoir du tabac qu'il n'avait pas apporté avec lui dans les 30 jours suivant son admission et qui n'avait pas non plus été acheté à la cantine de l'établissement—En tirant une conclusion au sujet de la question de savoir si le requérant avait acheté les sachets de tabac à la cantine, le président du tribunal aurait dû, en toute équité, exiger une preuve directe—L'audience ne s'est pas déroulée équitablement—Le président s'est montré trop tolérant quant à la façon dont les soi-disant éléments de preuve avaient été obtenus—Si la preuve était fondée sur les registres tenus dans le cours normal des affaires de la cantine, ces registres auraient dû être produits par quelqu'un qui pouvait les identifier et répondre aux questions—La précision dans l'énoncé des accusations et des conclusions du tribunal est importante, de façon que la procédure soit non seulement équitable, mais aussi qu'elle semble l'être, ainsi que pour l'intégrité intellectuelle de la décision finale—La décision du tribunal disciplinaire est annulée et l'affaire est renvoyée pour nouvelle audition—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40j).

PICKARD C. PRÉSIDENT INDÉPENDANT DU TRIBUNAL DISCIPLINAIRE DE L'ÉTABLISSEMENT MOUNTAIN (T-2320-93, juge Strayer, ordonnance en date du 8-3-94, 5 p.)

**PENSIONS**

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue du contrôle de la décision par laquelle la Commission d'appel des pensions avait accueilli l'appel de la décision par laquelle le comité de révision avait annulé la décision qu'avait prise le ministre de la

## PENSIONS—Fin

Santé nationale et du Bien-être social de ne pas donner effet à une disposition d'un jugement de divorce entre le requérant et sa conjointe—La disposition en question contenait une entente selon laquelle le requérant et sa conjointe ne demanderaient pas le partage des prestations du Régime de pensions du Canada—L'effet de la décision du ministre était que les gains ouvrant droit à pension non ajustés des parties devaient être partagés conformément aux dispositions de l'art. 55.2(3) du Régime de pensions du Canada—L'art. 55.2(3) n'est pas inconstitutionnel—Demande rejetée—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. 8, art. 55.2(3) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 23).

BLACKWOOD C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-946-92, juge en chef Isaac, jugement en date du 16-12-93, 2 p.)

## PRATIQUE

## FRAIS ET DÉPENS

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à la demanderesse de fournir une garantie pour les dépens conformément à la Règle 446(1)a des Règles de la Cour fédérale—Les défendeurs ont proposé que la requête soit réglée sans comparution en personne, conformément à la Règle 324—La demanderesse a soutenu qu'il serait [TRADUCTION] «logique et pratique» de fournir une garantie pour les dépens «par versements» plutôt que d'avoir à acquitter les dépens prévus pour l'instance en entier, jusqu'à la fin de l'instruction—Les tribunaux de l'Ontario exigent habituellement une garantie par versements—Les défendeurs ont soutenu qu'il serait injuste à leur égard de fournir une garantie pour les dépens par versements puisqu'ils seraient tenus d'engager des frais supplémentaires pour présenter une série de demandes visant à obliger la demanderesse à fournir la garantie par versements—La Règle 446(1) ne prévoit pas expressément la fourniture d'une garantie par versements—S'il est vrai que la demanderesse a intérêt à fournir une garantie pour les dépens par versements, ce mode de paiement est peu commode pour les défendeurs et pour la Cour—Le fait d'augmenter le nombre de requêtes interlocutoires nécessaires dans une instance est très coûteux, en temps et en argent—Les ordonnances de fournir une garantie pour les dépens par versements devraient être rendues avec circonspection et seulement lorsqu'il est clairement nécessaire de le faire—La nécessité d'une telle mesure n'est pas établie en l'espèce—Une ordonnance de fournir une garantie pour les dépens est rendue—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 324, 446(1)a.

INNOTECH PTY. LTD. C. PHOENIX ROTARY SPIKE HARROW LTD. (T-1455-93, juge Gibson, ordonnance en date du 18-4-94, 4 p.)

## OUTRAGE AU TRIBUNAL

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance levant la suspension de l'action ainsi qu'une ordonnance en vue du prononcé d'un jugement sommaire contre la défenderesse—La requête de la défenderesse vise à l'obtention d'une ordonnance annulant la requête de la demanderesse parce que celle-ci reste

## PRATIQUE—Suite

coupable d'outrage au tribunal pour avoir négligé de payer les dépens adjugés à la défenderesse—La conduite de la demanderesse en l'espèce n'est pas visée par les propos du juge Brooke, J.C.A., à savoir que le refus d'obéir aux ordonnances de la Cour [TRADUCTION] «empêche la justice de suivre son cours tout en nuisant au pouvoir de la Cour de faire appliquer ses ordonnances»: *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1992), 6 O.R. (3d) 188 (C.A.)—Il est douteux que l'omission de payer les dépens s'assimile à un outrage au tribunal—L'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures lorsque l'intérêt de la justice l'exige—En l'espèce, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'empêcher la demanderesse de poursuivre son action—La requête en annulation de la défenderesse est rejetée—Les dépens sont adjugés à la demanderesse quelle que soit l'issue de la cause—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

INNOVATION AND DEVELOPMENT PARTNERS INC. C. CANADA (T-54-92, juge Nadon, ordonnance en date du 25-2-94, 6 p.)

Il a été ordonné aux défendeurs d'expliquer pourquoi ils ne devraient pas être jugés coupables d'outrage au tribunal—Deux questions préliminaires, à savoir: (1) si les défendeurs avaient reçu une communication adéquate; (2) si l'on pouvait reprocher quoi que ce soit aux défendeurs, puisque aucune ordonnance de justification n'avait été rendue ou que celle qui avait été rendue était inadéquate—L'art. 7 de la Charte des droits et libertés s'applique à toute instance judiciaire—Les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 signifient que la personne en cause doit être suffisamment mise au courant des faits relevés contre elle, afin d'être à même de se défendre—L'avocat des défendeurs a cité l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, pour soutenir qu'il y a lieu d'ordonner en l'espèce un mécanisme et un niveau de divulgation similaires: dépositions des témoins, notes prises lors des entretiens, ensemble des preuves connues du demandeur—L'avocat du demandeur a fait observer qu'il avait accédé à la demande de communication de l'avocat des défendeurs avant le procès, par une lettre l'informant que les preuves que le demandeur se proposait de produire avaient déjà été divulguées dans les affidavits déposés par le seul témoin prévu—La Cour n'est pas prête à conclure que les procédures ou mécanismes de communication prescrits par l'arrêt *Stinchcombe* sont nécessaires en l'espèce—Il y a eu pleine communication aux défendeurs—Les exigences de l'art. 7 de la Charte ont été satisfaites—En juillet 1993, le demandeur s'est vu accorder la requête visant à l'obtention d'une ordonnance de justification—Les ordonnances n'ont pas été déposées, mais la transcription de l'audience ainsi que le prononcé verbal du jugement l'ont été—L'avocat des défendeurs a soutenu que le demandeur aurait dû se présenter au greffe pour obtenir l'ordonnance—L'avocat du demandeur a fait remarquer que, selon l'usage observé par la Cour fédérale, ce n'est pas le greffe, mais la Cour qui délivre l'ordonnance—L'art. 7 impose l'obligation de divulguer des renseignements suffisants au sujet de la preuve à réfuter, et ce, dans un délai suffisant pour permettre une réponse adéquate: audience équitable—Il n'impose pas des exigences procédurales, comme la communication de certains documents sous une certaine forme si aucune fin ne le justifie quant au fond—S'il existait quelque défaut, il y a été remédié par le document

**PRATIQUE—Suite**

déposé par le juge en chef adjoint en janvier 1994, lequel ordonnait aux défendeurs de comparaître pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être jugés coupables d'outrage au tribunal et déclarait qu'aucune ordonnance n'avait été déposée auprès du greffier—Le prononcé verbal constituait l'ordonnance—Les requêtes des défendeurs sont rejetées—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.

FRANK C. BOTTLE (T-657-93, juge Reed, ordonnances en date du 29-3-94, 14 p.)

Appel d'une ordonnance ([1994] 3 C.F. F-15) du juge des requêtes permettant l'audition de la demande même si l'intimée était coupable d'outrage au tribunal—L'appelante avait demandé et obtenu une date d'audience pour trois actions qui devaient être entendues en même temps, mais elle a été obligée de demander l'ajournement *sine die* de l'audience à cause du refus de l'intimée d'obéir à des ordonnances de la Cour fédérale lui enjoignant de faire une communication complète de certains documents—Il s'agit de savoir si une partie jugée coupable d'outrage au tribunal a le droit de se faire entendre par le tribunal avant même de s'être conformée à l'ordonnance portant condamnation—Le pouvoir de refuser une audience à une partie coupable d'outrage au tribunal est un pouvoir discrétionnaire: *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 191 (C.A.)—Pour contester avec succès l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la partie doit démontrer que le juge des requêtes s'est fondé sur un principe erroné ou sur une fausse interprétation des faits, ou que l'ordonnance n'est pas juste et raisonnable—Il y a erreur de principe lorsqu'on prend en considération des facteurs non pertinents ou qu'on omet de tenir compte de facteurs pertinents—En règle générale, une partie coupable d'outrage au tribunal ne peut se faire entendre dans l'instance tant qu'elle ne se sera pas conformée à l'ordonnance—Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de permettre l'instruction de l'appel, la Cour doit notamment tenir compte des circonstances particulières de l'outrage ainsi que des conséquences qui en découlent pour la bonne administration de la justice—Le juge des requêtes a tenu compte de considérations non pertinentes—En outre, il n'était pas autorisé à remettre en question, comme il l'a fait, la conclusion d'outrage—L'art. 50(1*b*) de la Loi sur la Cour fédérale autorise la Cour à suspendre les procédures lorsque l'intérêt de la justice l'exige; la défiance et l'arrogance continues de l'intimée constituent un abus de procédure—Appel accueilli—Les actions sont suspendues tant que l'intimée ne se sera pas conformée aux ordonnances de la Cour et qu'elle ne se sera pas présentée à la Cour avec les mains nettes—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1*b*).

CANADA C. INNOVATION AND DEVELOPMENT PARTNERS INC. (A-91-94, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 21-3-94, 11 p.)

**PARTIES***Jonction*

Demande présentée par la Société tribale de l'Athabasca et par la Société tribale du traité n° 8 des Territoires du Nord-

**PRATIQUE—Fin**

Ouest en vue de l'obtention d'une ordonnance constituant les parties à l'action—Les sociétés susmentionnées ont un intérêt direct dans l'affaire et leur présence est nécessaire pour assurer qu'on juge valablement et complètement toutes les questions en litige, vu qu'elles disposent de données historiques et d'autres données factuelles dont la Cour aura besoin—Les demandeurs s'opposent à ce que les requérantes soient constituées parties pour le motif que celles-ci n'ont pas la qualité requise pour intenter l'action et que les conditions énoncées à la Règle 1716 des Règles de la Cour fédérale ne sont pas remplies—La principale objection soulevée par les demandeurs est que si les requérantes étaient constituées parties à l'action, il en résulterait des difficultés dans le déroulement des procédures; les requérantes ont leurs propres objectifs politiques—Les requérantes n'ont aucun intérêt d'ordre privé ni aucune qualité pour agir dans l'intérêt public, pour intenter l'action—Selon l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, trois critères doivent être respectés pour qu'une personne, qui n'a aucun intérêt d'ordre privé dans l'action, se voie reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public: (1) la question en litige doit relever des tribunaux; (2) la personne qui prétend avoir qualité pour agir doit avoir un intérêt véritable quant à la question en litige; (3) il ne doit y avoir aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour—Les trois critères ont été établis par les requérantes—Les requérantes, qui sont des personnes morales, ne seront pas directement touchées par l'issue du litige; cependant, elles représentent environ cinq mille Indiens du nord-est de l'Alberta et des Territoires du Nord-Ouest, qui sont parties au traité n° 8 et qui seront directement touchés par l'issue de l'action—Par conséquent, les requérantes ont un intérêt véritable quant à la question en litige—La présence des requérantes est essentielle à l'instruction de l'affaire—Le litige, qui porte sur les droits des autochtones et sur les droits découlant d'un traité, soulèvera des questions d'une grande complexité et nécessitera l'examen de nombreux éléments de preuve de nature historique, y compris une grande variété de documents d'archives et le témoignage de particuliers qui disposent peut-être de renseignements pertinents concernant les Indiens qui sont parties au traité—L'assemblage, la préparation et la présentation des éléments de preuve qui sont nécessaires dans une affaire de ce genre sont hors de la portée d'un demandeur unique ou d'un groupe restreint de demandeurs, à l'exclusion de la participation d'organismes représentant des autochtones—Si les requérantes n'étaient pas constituées parties, il se pourrait que la Cour n'ait pas tous les éléments de preuve nécessaires pour trancher adéquatement les questions en litige, ce qui compromettrait la détermination des droits conférés par le traité n° 8—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716.

BENOIT C. CANADA (T-2288-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 28-4-94, 6 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire visant l'annulation de la décision rendue par arbitre en vertu de l'art. 242 du Code canadien du travail—L'arbitre a annulé le congédiement de l'intimé pour y substituer une suspension sans traitement de six mois,

## RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

suivi de réintégration, avec compensation—La clause privative contenue à l'art. 243 du Code n'a pas pour effet d'empêcher l'exercice d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, mais elle limite l'intervention de cette Cour aux cas de décisions «manifestement déraisonnables»: *National Corn Growers Assn. c. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 R.C.S. 1324 et *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941—L'arbitre a reconnu la faute de l'employé, a annulé le congédiement et y a substituée une importante suspension sans solde de six mois—On ne peut dire qu'en se basant sur le témoignage non contredit de l'employé congédié, l'arbitre, qui a agi dans le cadre de sa compétence, a rendu une décision clairement irrationnelle—L'admissibilité en preuve de faits postérieurs au congédiement ne fait pas l'objet d'une règle de droit si claire qu'une erreur, s'il y a erreur, pourrait donner ouverture au contrôle judiciaire—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16), 243—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

BANQUE ROYALE DU CANADA C. BOLDUC (T-556-93, juge Pinard, ordonnance en date du 16-3-94, 6 p.)

## SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL

Contrôle judiciaire—Expectative légitime—Rôle de la CCDP dans une procédure de contrôle judiciaire—Demande en vue de l'obtention d'ordonnances annulant deux décisions par lesquelles la CCDP avait déféré deux plaintes pour examen complet—Les intimés allèguent que le refus du ministère de la Santé et du Bien-être d'établir les chèques d'allocations familiales au nom des plaignants constitue une discrimination fondée sur le sexe—L'art. 7(1) de la Loi sur les allocations familiales prévoit que les allocations payables à l'égard d'un enfant sont versées au parent de sexe féminin, sauf disposition contraire du Règlement—À compter de 1989, le Règlement prévoyait que les chèques seraient versés au parent de sexe masculin s'il avait la garde de l'enfant, s'il y avait entente entre les deux parents ou si le ministre jugeait qu'il existait des circonstances spéciales—Le système des allocations familiales a été aboli en 1993 et remplacé par le système des crédits pour enfants—La CCDP a déféré les plaintes des intimés au tribunal, conformément aux art. 44(3)a) et 49 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Le requérant fait valoir que la décision de la CCDP de déférer les plaintes au tribunal a été prise sans égard aux règles de justice naturelle et, en particulier, à la doctrine de l'expectative légitime, et qu'elle était déraisonnable—Le gouvernement avait pris la décision de cesser de verser des allocations familiales bien avant que la CCDP décide de soumettre les plaintes à un examen complet—Le résultat de l'examen n'aurait aucune répercussion sur le système, ce dernier ayant été aboli—L'existence de l'obligation générale d'agir équitablement dépend de la nature de la décision à prendre par l'organisme administratif, de la relation existant entre l'organisme et la partie en cause et de l'effet de la décision sur les droits du particulier—La discrimination alléguée avait trait au fonctionnement d'un programme gouvernemental d'application générale et mettait en cause le versement

## SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Suite

d'importantes sommes d'argent—À la demande de la CCDP, le ministère avait apporté des changements dans le fonctionnement du programme, notamment en modifiant le règlement applicable; il avait alors appliqué le programme en se fondant sur l'entente—Le requérant a invoqué l'entente antérieure et a demandé à la CCDP de communiquer avec le Ministère si elle souhaitait résilier l'entente; la CCDP avait, sur le plan de l'équité, l'obligation de le faire—La CCDP conçoit des politiques d'intérêt public tout en rendant des décisions à l'égard de plaintes individuelles; selon la procédure normale, elle discute de changements fondamentaux de politique avec un ministère avant de se prononcer—Si elle se propose d'apporter un changement fondamental à une politique ayant antérieurement fait l'objet d'une entente, il lui incombe, compte tenu de la doctrine de l'expectative légitime, de porter ce fait à l'attention du Ministère et de lui en expliquer les motifs, de sorte que ce dernier puisse répondre avant que s'enclenche tout le mécanisme d'enquête du tribunal, avec les coûts et efforts y afférents—Les décisions de la CCDP devraient être annulées puisque cette dernière a omis d'informer adéquatement le requérant—Le requérant a en outre soutenu, et ce, que la CCDP soit partie intimée ou intervenante, que cette dernière n'avait pas le pouvoir de présenter des observations quant au fond de l'affaire et quant à la question de savoir si les règles de l'équité avaient été respectées—Le tribunal a le droit de présenter des observations au sujet de sa compétence et de fournir des explications sur son dossier: *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684—La règle concernant le rôle limité du tribunal n'est pas destinée à s'appliquer automatiquement dans tous les cas de contrôle judiciaire sans une appréciation quelconque de la nature du tribunal en cause et des moyens invoqués à l'encontre de la décision, cette appréciation devant se faire eu égard à l'objet sous-tendant la règle qui n'accorde aux tribunaux administratifs qu'un rôle très restreint dans les instances en contrôle judiciaire—La CCDP a un rôle particulier à jouer pour le compte des plaignants—En l'espèce, les intimés n'obtiendront aucun avantage financier particulier important de l'issue de leurs plaintes, de sorte qu'ils n'ont pas intérêt à retenir les services d'un avocat pour les représenter aux fins de la demande de contrôle judiciaire—Ni l'un ni l'autre des intimés n'est au courant des faits sous-tendant la contestation par le requérant de la décision de la CCDP; c'est la procédure suivie par la CCDP qui fait l'objet de la révision—En limitant le rôle de la Commission, la Cour suprême n'avait pas l'intention de l'empêcher de répondre à la position prise par le requérant—Les décisions de la CCDP sont annulées—La CCDP, à titre d'intervenante, peut participer pleinement à l'instance, et notamment faire appel—Loi sur les allocations familiales, L.R.C. (1985), ch. F-1, art. 7(1) (abrogé par L.C. 1992, ch. 48, art. 31(1))—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)a) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1875-92, juge Reed, ordonnance en date du 8-3-94, 23 p.)

Pratique—Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance suspendant une ordonnance en attendant le règlement de la requête ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance modifiant l'ordonnance de non-divulgence rendue en l'instance—

**SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Suite**

Un sursis n'est jamais accordé automatiquement; la question nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire visant à permettre de déterminer si l'instance doit être suspendue compte tenu des faits particuliers de l'affaire—Le pouvoir de suspendre doit être exercé avec modération et une suspension d'instance ne sera ordonnée que dans les cas les plus évidents; *Varnum v. Canada*, [1987] 12 F.T.R. 34 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Trois éléments doivent être examinés: une question sérieuse à trancher, un préjudice irréparable non susceptible d'être compensé par des dommages-intérêts, et la prépondérance des inconvénients—L'appel interjeté contre une ordonnance soulève une question sérieuse à trancher—L'existence d'un préjudice irréparable n'a pas été établie—Le principe général selon lequel les tribunaux et procédures judiciaires sont assujettis à l'examen public, ce qui comprend l'accès public aux documents judiciaires, est un principe fondamental de notre système de justice: *Apotex Inc. et Novopharm Ltd. c. The Wellcome Foundation Limited*, (T-3197-90, 27 octobre 1993, C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Une ordonnance empêchant un avocat de montrer les éléments de preuve pertinents à son client en vue d'ob-

**SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL—Fin**

tenir des instructions, quoique possible, ne devrait être accordée que dans des circonstances exceptionnelles; il incombe au défendeur d'établir qu'il est nécessaire de frapper d'une restriction semblable la divulgation ordinaire de documents qui peuvent se rapporter aux questions litigieuses—L'ordonnance de non-divulgation, dont le texte a été rédigé par les parties, a été rendue avec le consentement de ces dernières, mais elle ne comprenait aucune disposition restreignant aux avocats l'accès aux renseignements—Dans les litiges où il est question de renseignements hautement techniques et scientifiques, les renseignements mis à la disposition des avocats en vertu d'une ordonnance judiciaire seront, dans bien des cas, peu utiles sinon inutiles, si les avocats ne peuvent consulter leur client au sujet des renseignements—Demande rejetée—Prorogation du délai d'appel accordée.

ZENECA PHARMA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1454-93, juge Gibson, ordonnance en date du 18-4-94, 9 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9